إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت

دكتور

حسن عبد الباسط جميعي

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة

٢٠٠٠

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ ش عبد الخالق ثروت ـ القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

" يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه "

سورة البقرة – الآية ٢٨٢

تمهيد و تقسيم

– بالرغم من أن مبادئ حرية التعاقد و رضائية العقود سمحت بالتيسير على الأفراد في مجال إبرام التصرفات القانونية , إلا أنها حملت في طياتها سلبيات تتعلق بكيفية إثبات هذه التصرفات عند نشوب النزاع بشأن وجودها أو تحديد مضمونها . و في مواجهة هذه المشكلات اختلفت الأنظمة القانونية في تحديد موقفها بشأن مبادئ الإثبات , فبينما تبنت بعض النظم القانونية مبدأ حرية الإثبات , فإن البعض الأخر تبنى مبدأ الإثبات المقيد . و في ظل هذا المبدأ الأخير و الذي تبناه المشرع المصري في شأن إثبات التصرفات القانونية في المسائل المدنية على وجه الخصوص , فإن الأصل هو وجوب إثبات هذه التصرفات – إذا زادت قيمتها عن حد معين – عن طريق الكتابة .

و إذا كان مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة لا يتعارض من الناحية القانونية مع مبدأ رضائية العقود , إلا أن الصعوبات المتعلقة بالحصول على الدليل الكتابي قد تؤدي إلى رفض الاعتراف بوجود هذه التصرفات و ما ينشأ عنها من آثار قانونية على نحو مساو من الناحية العملية للآثار المترتبة على عدم انعقاد العقد .

و إذا كانت المشكلات المتعلقة بإبرام العقد و إثباته تطرح نفسها في المنازعات المتداولة أمام القضاء و بشكل يومي , فإن هذه المشكلات تأخذ بعدا خاصا و غير مألوف من ذي قبل في ظل استخدام التقنيات الحديثة في إبرام العقود . و منذ بداية ظهور هذه التقنيات في شكل التلغراف ثم التليفون و الفاكسيميلي , فقد اجتهد الفقه و القضاء لتحديد عناصر التعاقد في ضوء اختلاف الشكل الذي يتم فيه التعبير عن الإرادة عن الأشكال المألوفة و التقليدية , كما تعرض هذا الاجتهاد أيضا لتحديد أثر هذه الوسائل في إثبات العقد و ما يتضمنه من شروط .

على أنه و بظهور الحاسب الآلي و ما أتاحه من سرعة في الاتصال جمعت في ذات الوقت بين إمكانية كتابة و قراءة الوثائق محل التعاقد و بين إمكانية اتخاذ القرار بشأنها في ذات لحظة الاطلاع عليها , ظهر بعد جديد للمشكلات التي تثيرها هذه الوسيلة الحديثة في شأن التعاقد . [١]

وهنا تعد مشكلات الإثبات في مجال التعاقد عن طريق الوسائط الإلكترونية و بصفة خاصة عبر شبكة الإنترنت من أهم المشكلات التي تنجم عن استخدام هذه الوسيلة الحديثة من وسائل التعاقد .

و يتضح ذلك بصفة أساسية من اختلاف طبيعة الوسيط المادي الذي يتم تحرير العقد و تدوين بنوده عليه . ففي هذا النوع من أنواع التعاقد يثور التساؤل حول مدى اعتبار ما يتم تدوينه على هذه الوسائط من قبيل الكتابة المعتد بها في الإثبات و مدى حجية هذه الكتابة . و تزداد المشكلة صعوبة حينما يريد أحد أطراف التعاقد التمسك بالمحرر الإلكتروني كدليل كتابي كامل (محرر عرفي أو رسمي) .

و تبدو هذه المشكلة بشكل خاص إذا ما أخذنا في الحسبان أنه حتى و إذا أمكن اعتبار ما يتم تحريره على هذه الوسائط من قبيل الكتابة , فإن عدم إمكان كتابة التوقيع بخط اليد يثير التساؤلات حول المساواة بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع بخط اليد و الذي يعد عنصرا جوهريا من عناصر تكوين الدليل الكتابي الكامل . [٢]

و في جميع الأحوال فإن إمكانية التداخل على الوسيط المادي و تعديل الوثائق التي يتم التوقيع عليها إلكترونيا قد وضع الفقه و القضاء في حيرة في مدى الارتباط بين التوقيع و بين الوثيقة التي يتم

---

(١) CARPHELIN, mercier et perel, comprendre et utiliser l'internet, p. 150 et s. .

(٢) Michel TROCHU, protection des consommateurs en matière de contrats à distance, directive n 97-7 CE du 20 mai 1997, Dalloz, 1999, I, p.197 et s. .

استخراجها من الحاسب الآلي و بالتالي عن أثر ذلك في اعتبار التوقيع منتجا لأثره في إثبات صحة ما ورد بالمحرر و نسبته إلى صاحب التوقيع .

- على أنه و بالرغم من المشكلات و التساؤلات السابقة , فإن التعاقد عبر شبكة الإنترنت أصبح واقعا لا يمكن إنكاره , و ضرورة لتحقيق المصالح الاقتصادية و تيسير المعاملات .

و إذا كان التعاقد عبر طريق الإنترنت على المستوى الداخلي في مصر لا يزال في بداياته , إلا أنه بدأ يفرض نفسه على مستخدم الإنترنت في مصر في التعاقد على السلع و الخدمات التي تتوفر عبر ملايين المواقع التجارية المتاحة على هذه الشبكة .

و مما لا شك فيه أن هذا النوع من التعاقدات سوف يفرض نفسه على المستهلك المصري حتى على مستوى التجارة الداخلية إذا ما أخذنا في الاعتبار مقتضيات المنافسة و ضرورة توافق شكل التجارة مع هذا التيسير و ما يحققه من اتساع فرصة الاختيار و سهولة التنقل بين المواقع التجارية و مقارنة الأسعار . كذلك و إذا ما أخذنا في الاعتبار أن هناك خدمات يتم تقديمها بحسب الأصل من خلال مواقع الإنترنت مثل خدمات المعلومات المتوفرة على هذه الشبكة و التي تقدمها بنوك المعلومات و خدمات رفع كفاءة برامج الحاسب الآلي و التي يتم تحميل البرامج الحديثة فيها إلى جهاز الحاسب عبر الشبكة و غيرها من الخدمات الأخرى التي لا مجال لحصرها , فإن دراسة كيفية إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت تصبح أمرا ضروريا لمواجهة مقتضيات العصر الحديث و مواكبة التطور العلمي .

خطة البحث

- في ظل ما يثيره التعاقد عن طريق شبكة الإنترنت من مشكلات في الإثبات تتعلق بتحديد صلاحية الوسائط الإلكترونية كدعامات مادية مقبولة في تدوين المحررات الكتابية و ما يتصل بذلك

أيضا من تحديد إمكانية الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني ؛ نجد أنه من الضروري أن نعـــرض في فصـــل تمهيدي لكيفية التعاقد عن طريق الوسائط الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت ثم نقسم هذا البحــــث إلى ثلاثة فصول نخصص الأول منهما لبيان الشروط اللازمة لإنشاء الدليل الكتابي الكامل و مدى توافرها في المحررات الإلكترونية , و نخصص الفصل الثاني لبيان مدى إمكانية اعتبار المحررات الإلكترونية أدلـــة كتابية في ظل نصوص قانون الإثبات الحالي , ثم نوضح في الفصل الثالث مدى الحاجـــة إلى تدخـــل المشرع لإعادة صياغة نصوص قانون الإثبات .

فصل تمهيدي

- في إطار ثورة المعلومات و التقدم التكنولوجي ظهر الحاسب الآلي كوسيلة لمعالجة البيانات ثم لتخزينها و إعادة استرجاعها , فتفوق الحاسب الآلي على الآلة الكاتبة بالقدرة على التدخل على النص المكتوب بالتعديل و الإضافة , كما تفوق أيضا بالقدرة على تخزين المعلومات التي أدخلت فيه في حيز محدود جدا على وسائط ممغنطة أو شرائط أو أقراص صغيرة الحجم .

و في مرحلة تالية أمكن الربط بين أجهزة الحاسب عبر خطوط اتصال مستقلة أو من خلال أسلاك الهاتف و بالتالي إتاحة تبادل المعلومات بين هذه الأجهزة . و قد أتاحت هذه الإمكانية إنشاء بنوك متخصصة في المعلومات " تقوم بتجميع المعلومات المتعلقة بغرض معين بقصد معالجتها آليا لاسترجاعها و استغلالها " .[٣]

و أخيرا أضاف التطور العلمي إلى تيسير الاتصال ببنوك المعلومات نظاما حديثا للربط بين أجهزة الحاسب على مستوى العالم يعرف باسم شبكة ال internet .[٤]

- هذا و قد كانت شبكة الاتصال بين أجهزة الحاسب الآلي قد نشأت في بداية الأمر لخدمة الأغراض العسكرية للولايات المتحدة الأمريكية , ثم أخذت الولايات المتحدة قرارا بإطلاقها لخدمة أغراض المعرفة و الاتصالات على مستوى الأفراد و على مستوى العالم .

و قد أتاحت هذه الشبكة في بادئ الأمر الاتصال بين الأجهزة المختلفة على مستوى الأفراد أو الشركات و المؤسسات .ثم تلقفت بعض الشركات المتخصصة هذه الفرصة لإنشاء نظام يسمح

---

[٣] أستاذنا الدكتور / حسام الدين كامل الأهواني , الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي , بحث مقدم إلى مؤتمر القانون و الحاسب الآلي المنعقد في الكويت في نوفمبر ١٩٨٩ , ف٧ , ص٨ .

[٤] "International network"

بتيسير التجارة الإلكترونية فأنشأت كيانات تتيح لكل شخص أو شركة الحصول على صندوق بريد إلكتروني Electronic mail و الذي يطلق عليه على سبيل الاختصار مصطلح " E-mail " ؛ ثم أتاحت هذه الشركات تكوين مواقع على الشبكة يتاح الدخول إليها و الاطلاع على ما بها من معلومات لكل من يرغب .

- هذا و يقصد بالبريد الإلكتروني إنشاء نظام تخصص به إحدى الشركات ما يشبه صندوق البريد المعتاد لكل مشترك يكون مقره هو الجهاز الرئيسي الموجود بمقر الشركة . و يسمح هذا النظام بتبادل المراسلات من وثائق و مطبوعات (بل و أفلام) أيا ما كان حجمها . هذا و يتم إرسال هذه البيانات إلى عنوان شخص معين في البريد الإلكتروني بحيث يستطيع هو وحده أن يطلع عليه باستخدام كلمة سر خاصة به لفتح الصندوق و الاطلاع على الرسائل الإلكترونية التي يرسلها إليه الغير .

- و في مرحلة أكثر تطورا أمكن تحقيق التخاطب (CHATING) على شبكة الإنترنت .

و يتحقق هذا التخاطب بأن يفتح كل من المتخاطبين الصفحة الخاصة به على جهازه في ذات التوقيت فيمر ما يكتبه عبر الصندوق البريدي للشخص الآخر إلى الصفحة التي يفتحها على الجهاز الخاص به , و العكس صحيح .

و قد أمكن مؤخرا ربط الجهاز بوسائط الاتصال الصوتية و المرئية (عبر ميكروفون و كاميرا فيديو مثبتة على جهاز كل متخاطب) بما يسمح للمتخاطبين بأن يسمع و يرى كل منهما الآخر في ذات الوقت الذي يتاح لهما تبادل البيانات المكتوبة فورا , و هو ما يتيح عقد المؤتمرات و اللقاءات عن طريق الإنترنت .

- أخيرا فلقد سمح التطور التكنولوجي بإنشاء صناديق إلكترونية تسمح بترك المعلومات التي يريد الشخص للآخرين بالاطلاع عليها بهدف نشر المعلومات أو ترويج البضائع و الخدمات .

و تشابه تكنولوجيا إنشاء هذا الموقع (site) تكنولوجيا إنشاء صندوق البريد الإلكتروني و لكن يتاح عنوان هذا الصندوق - و المسمى وفقا لرغبة صاحب الموقع - لكل من يرغب في أن يزور هذا الموقع بغير حاجة إلى استخدام كلمة مرور أو كلمة سر خاصة .

و يتم إنشاء هذا الموقع عن طريق الاشتراك في خدمة إنشاء صفحة خاصة بالعميل " Home page "بالحاسب الموجود بالشركة المنشئة لهذه المواقع بحيث يضع هذا العميل كل ما يرغب فيه من بيانات مكتوبة أو مصورة بل و على شكل أفلام داخل هذا الموقع . و على سبيل المثال فإن المكتبات العالمية تضع محتويات المكتبة مفهرسة على الصفحة الخاصة بها بما يتيح الاطلاع على محتويات المكتبة من خلال فتح موقع المكتبة من أي جهاز حاسب آلي في العالم .[٥] و كذلك الأمر بالنسبة للشركات و المتاجر التي ترغب في تسويق منتجاتها أن تضع في الموقع الخاص بها على شبكة الإنترنت البضائع التي ترغب في تسويقها مصحوبة بكافة البيانات و المعلومات الخاصة بكل سلعة على حدة و مصحوبة في بعض الأحيان بأفلام مصورة تعرض السلعة أثناء التشغيل ببيان عملي لأداتها و مميزاتها .[٦]

و يعني ذلك من الناحية العملية أن الإنترنت أتاح إنشاء محال تجارية إلكترونية يمكن زيارتها و الاطلاع على البضائع فيها و المفاوضة ثم التعاقد عليها من خلال الاتصال عن طريق الشبكة .

---

[٥] أنظر على سبيل المثال موقع مكتبة الكونجرس الأمريكية

Http : \\ www congress library. Com.

[٦] أنظر على سبيل المثال موقع شركة " دل " للكمبيوتر

Http : \\ www Dell . com .

- وهكذا يتضح أن هناك طريقين أساسين للتعاقد عن طريق الإنترنت , فأما الطريق الأول فهو الذي يتم فيه التعاقد عن طريق المراسلة من خلال البريد الإلكتروني , و أما الطريق الثاني فيتم فيه التعاقد بواسطة الاتصال المباشر من خلال زيارة العميل للموقع الإلكتروني للبائع أو مقدم الخدمة و إتمام التعاقد بشكل مباشر من خلال التوقيع على النموذج المتاح في هذا الموقع .

و حيث يتم تحرير العقود المبرمة عن هذين الطريقين على وسائط إلكترونية (من أقراص و شرائط ممغنطة) يسهل تعديل بياناتها و إعادة استخدام التوقيعات الإلكترونية المسجلة عليها ؛ لذلك فإن إثبات التعاقد عن طريق الوثائق و المحررات الإلكترونية يثير العديد من التساؤلات ؛ و هو ما تحاول هذه الدراسة الإجابة عليه .

الفصل الأول

الشروط اللازمة لإنشاء الدليل الكتابي و مدى توافرها في المحررات الإلكترونية

- يتميز التعامل عن طريق الوسائط الإلكترونية بتيسير التعامل و تحقيق سرعة فائقة في إتمام التعاقد حتى بين الأشخاص الذين تفصل بينهم مسافات مادية كبيرة . على أنه و في الجانب المقابل فإن طبيعة الوسيط المادي الذي يتم تحرير العقود عليه لا تزال تثير التساؤلات الفنية و القانونية حول إمكانية قبول المحررات الإلكترونية كدليل في إثبات التصرفات القانونية و مدى حجية هذا الدليل في الإثبات .

تحديد المشكلة

- و حتى يمكن تحديد مشكلات قبول الوسائط الإلكترونية في الإثبات فإن دراسة الجانب القانوني لا ينبغي أن تنفصل عن التطور التكنولوجي و الفني في هذا المجال . فواقع الأمر أن الاعتداد بأي محرر كدليل كتابي و تقدير قوته في الإثبات يعتمدان على توفر شرائط أساسية في ذلك المحرر .

فيجب من ناحية أولى أن تتوفر في المحرر الكتابي العناصر المادية التي تسمح بحفظ بيانات التصرف القانوني عليه بأحرف أو رموز لها دلالة مفهومة لأطراف التصرف , و أن يتمتع هذا المحرر بالقدرة على الحفاظ على هذه المعلومات بشكل مستمر بحيث يمكن تقديمها إلى القضاء للاطلاع عليها عند نشوب الخلاف حول وجودها أو تحديد المقصود منها .

و من ناحية ثانية فإنه يجب أن يكون تدوين البيانات على الوسيط (الدعامة المادية) دالا على رضاء المتعاقد بالانضمام إلى العقد و بالقبول بمضمونه و الالتزام بما ورد به . و حتى يتحقق ذلك

فيجب أن تكون البيانات المحررة على الوسيط المادي غير قابلة للتغيير أو التبديل إلا بإحداث أثر مادي يدل على التزوير أو التلاعب فيها .

كذلك و حتى يمكن اعتبار المحرر دليلا كتابيا كاملا فيجب أن يوقع عليه المتعاقد توقيعا دالا على شخصيته و مميزا له عن غيره من الأشخاص دالا بوضوح على الارتباط بين هذا التوقيع و ما يترتب عليه من آثار قانونية و بين المحرر المكتوب الذي يتضمن بنود العقد .

- و في ضوء هذه الشروط المادية و القانونية المتطلبة في المحرر المقبول كدليل في الإثبات (و سواء كان محررا عرفيا أو رسميا) , فإنه يصبح من الصعب القبول بالمحررات الإلكترونية كأدلة كتابية مساوية للمحررات العرفية في قوتها في الإثبات على النحو الذي قرره المشرع .

فمن ناحية أولى فإن الميزة التي يتمتع بها تدوين البيانات على الوسيط الإلكتروني و سهولة تعديلها بدون إتلاف الدعامة المادية أو ترك أي أثر عليها تنقلب إلى نقمة حينما يريد أطراف التصرف القانوني الاستعانة بهذه الوسائط في إثبات التصرف .

و من ناحية ثانية فإن الومضات الإلكترونية التي يتم التدوين بها و حساسية الدعامات المادية تتناقض مع الاستمرارية و الثبات الواجب توفرهما في البيانات المدونة و يهددان باختفائها لمجرد حدوث تغير في قوة التيار أو اختلاف ظروف التخزين المادية (كاختلاف درجة الحرارة المفاجئ) .

أخيرا فإنه و بغير اللجوء إلى وسائل فنية خاصة و معقدة , فإن البيان المحرر على الوسيط المادي لا يمكن أن يرتبط بأي توقيع إلكتروني على النحو الذي يدل على ارتباط إرادة صاحب التوقيع بالقبول بما ورد في المحرر الإلكتروني و الالتزام بما ورد فيه . (٧)

---

(٧) هذا و لا تنحصر مشكلات الإثبات المتعلقة بالمحرر الإلكتروني في تحديد نصوص العقد و بنوده , و إنما تمتد إلى كل ما يرتبط بإبرام التصرف القانوني من عناصر . و من ذلك على سبيل المثال صعوبة تحديد تاريخ إبرام العقد

و بالنظر إلى ما تقدم فإننا سوف نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين , نخصص الأول منهما لتحديد الشروط الواجب توافرها في المحرر الكتابي ؛ ثم نخصص المبحث الثاني لدراسة الشروط الواجب توافرها في التوقيع و مدى تحقق الشروط السابق عرضها بالنسبة للمحررات و التوقيع في المحررات الموقعة إلكترونيا .

المبحث الأول

الشروط المتعلقة بالتدوين الكتابي لبيانات المحرر و مدى توفرها في المحررات الإلكترونية .

المبحث الثاني

الشروط المتعلقة بالتوقيع و مدى توفرها في التوقيع الإلكتروني .

نتيجة لصعوبة تحديد تواريخ وصول التعبير الإرادي (القبول أو الإيجاب) إلى الطرف الآخر . فحيث يتم نقل التعبير عن الإرادة عن طريق الضغط على مفاتيح بأجهزة الحاسب الآلي تنقل هذه الإرادة عن طريق ترددات كهربائية يتم تشفيرها إلى ومضات إلكترونية على الدعامة المادية لدى المتلقي , فإنه يصعب تحديد تاريخ وصول هذه الومضات إلى المرسل إليه . و قد أدى ما تقدم إلى ظهور الحاجة إلى إيجاد وسائل تكنولوجية تسمح بتحديد هذه التواريخ على نحو موثوق به حتى يمكن الاعتداد بها في الإثبات .

المبحث الأول

الشروط المتعلقة بالتدوين الكتابي لبيانات المحرر و مدى توفرها في المحررات الإلكترونية

– يحكم التعاقد في نظامنا القانوني مبدأ الرضائية الذي يسمح بإبرام العقود بمجرد تراضي المتعاقدين دون الحاجة لأن يصب هذا التراضي في شكل خاص . لذلك فإنه و فيما عدا ما ورد بشأنه نص تشريعي خاص بتطلب شكلا معينا لإبرام العقد , فإن العقد ينعقد صحيحا بمجرد تبادل التراضي بين أطرافه . (٨)

– على أنه و بالرغم من أن الأصل في نظامنا القانوني هو رضائية العقود , فإن المشرع قد يتطلب كتابة العقد لإثباته . و مع ذلك فإن هذا الشرط لا يؤثر من الناحية القانونية على وجود التصرف قانونا , إذ يجوز إثبات هذا التصرف بالإقرار أو باليمين , كما يمكن من خلال أدلة الإثبات الأخرى في الحالات الاستثنائية التي ينص المشرع عليها و عندما تتوفر الشروط التي يتطلبها المشرع في هذا الصدد . (٩)

---

(٨) أ.د. عبد الودود يحيي , الموجز في النظرية العامة للالتزامات , المصادر – الأحكام – الإثبات , دار النهضة العربية , ١٩٩٤ , ف١٦ , ص٢٣ و ما بعدها .

(٩) المغفور له أ.د. عبد المنعم فرج الصدة , مصادر الالتزام , دار النهضة العربية , ١٩٩٢ , ف٤٦ , ص٦٧ . لذلك فإنه إذا كان النص القانوني لم يفصح عن وظيفة الشكل المطلوب و لم يمكن الوصول إلى تحديد المقصود من هذا النص بأي طريق من طرق التفسير , فإنه يجب اعتبار أن المشرع قد تطلب الكتابة للإثبات , فالأصل هو الرضائية و الشكلية هي الاستثناء ؛ و لا يجوز في تفسير النصوص غير الواضحة الدلالة تخريجها على مقتضى الاستثناء و إنما يجب ردها إلى المبدأ الأصيل .

نقض مدني , ٢٤ مارس ١٩٧٩ , مجموعة المكتب الفني , س٣٠ , ص٩١١ ؛ نقض مدني ٢٦ يونيو ١٩٧٨ , مجموعة المكتب الفني , س٢٩ , ص١٥٤٨ .

- وبالرجوع إلى نصوص قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية (رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) ؛ نجد أن المشرع قد اعتبر أن الكتابة هي الوسيلة الأساسية في إثبات التصرفات القانونية في المواد المدنية .

لذلك فقد ورد نص المادة ٦٠ من قانون الإثبات بأنه : " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على مائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك " .

و يتبين من هذا النص أنه قد جعل الإثبات بالكتابة وجوبيا في شأن المعاملات المدنية التي تجاوز قيمتها مائة جنيه أو غير محددة القيمة .[١٠]

و حيث أن معظم التعاملات التي تتم عن طريق الإنترنت هي تعاملات تزيد قيمتها على المائة جنيه , فإنها تخضع فيما يدعي به التاجر في مواجهة المشتري أو متلقي الخدمة لقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة , و هو ما يوضح أهمية قيام أطراف التعاقد بإعداد و تهيئة الدليل الكتابي .

على أنه و بالأخذ في الحسبان أن التعاقد عن طريق الإنترنت يتم عن طريق تحرير العقد على وسائط و دعائم إلكترونية و يتخذ التوقيع فيه شكلا إلكترونيا , فإنه قد ثار التساؤل حول مدى اعتبار المحررات الإلكترونية دليلا كتابيا مقبولا في الإثبات و مدى قوة هذا الدليل .

و للإجابة على هذا التساؤل ثم تحديد قوة المحرر الإلكتروني في الإثبات , فإنه يجدر بنا أن نحدد المقصود بالكتابة , ثم نستعرض الشروط اللازم توافرها في الكتابة لتمكينها من أداء وظيفتها في الإثبات .

---

[١٠] أ.د. نزيه محمد الصادق المهدي , دروس في النظرية العامة للالتزام , الجزء الثالث , الإثبات , دار النهضة العربية , ٢٠٠٠ , ص ٥١ و ما بعدها .

إستدراك

تم تعديل نص هذه المادة (٦٠) مؤخرا بموجب القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ م بحيث أصبحت قيمة التصرفات الواجب إثباتها كتابة هي التصرفات التي تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه.

المطلب الأول

تحديد المقصود بالكتابة

– عندما تطلب المشرع الإثبات الكتابي للتصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مائة جنيه أو في إثبات ما يجاوز أو يخالف ما هو ثابت بالكتابة , فإنه قصد بذلك وجود دليل كتابي كامل كالمحررات الرسمية و المحررات العرفية المعدة للإثبات .

فأما المحررات الرسمية , فهي تلك المحررات التي يقوم بتحريرها موظف عام مختص بذلك وفقا للأوضاع المقررة قانونا . أما المحررات العرفية فهي تلك التي يقوم الأفراد بتحريرها فيما بينهم و هي إما محررات عرفية معدة للإثبات يلزم لاعتبارها دليلا كتابيا كاملا أن يوقع عليها أطرافها [١١] أو محررات عرفية غير معدة للإثبات كالدفاتر التجارية و الأوراق المنزلية و التي لا تعتبر دليلا كتابيا كاملا بحيث يمكن دحضها و نقض ما هو مدون بها بكافة طرق الإثبات . [١٢]

على أن المشرع لم يتعرض لتحديد المقصود بالكتابة أو المقصود بالتوقيع , و إنما استقر العمل و جرى القضاء على تعريف المحررات العرفية بأنها " الأوراق التي تصدر من الأفراد و التي لا يدخل موظف عام في تحريرها " , و تعريف المحررات الرسمية بأنها " المحررات التي يدونها الموظف الرسمي في السجلات وفقا للأوضاع المقررة قانونا " . [١٣]

---

[١١] أ.د. توفيق حسن فرج , قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية , مؤسسة الثقافة الجامعية , الإسكندرية , ١٩٨٢ , ف٢٩ و ما بعدها , ص٥٢ و ما بعدها ؛ أ.د. سمير عبد السيد تناغو , النظرية العامة في الإثبات , دار المطبوعات الجامعية , ١٩٩٧ , ف ٤٣ و ما بعدها , ص ١٠٣ و ما بعدها .

[١٢] أ.د. توفيق فرج , المرجع السابق , ف٦٣ , ص١٠٦ .

[١٣] أ.د. عبد الودود يحيى , المرجع السابق , ف٤٠١ , ص٨٤٢ ؛ أ.د. محمد شكري سرور , موجز في أصول الثبات في المواد المدنية و التجارية , دار النهضة العربية , ١٩٩٧ , ص ٤٩ و ما بعدها .

و بالرغم من أن الوضع المستقر هو تدوين المحررات الكتابية على وسيط من الأوراق إلا أن المقصود بالكتابة و تحديد نوع الوسيط لا يتعلقان بالدعامة المادية أو بنمط الكتابة بقدر ما يتعلقان بوظيفة الكتابة و دورها في الإثبات .

و حيث جرى العرف و استقر العمل على تدوين المحررات الرسمية و العرفية على الأوراق و بالحروف الخاصة بلغة المتعاقدين أو اللغة التي يعتمدانها لتحرير العقد , فإن اللجوء إلى تدوين المحررات على وسائط إلكترونية من خلال ومضات كهربائية و تحويلها إلى اللغة التي يفهمها الحاسب الآلي (و التي تتكون حروفها من التوافيق و التباديل بين رقمي الواحد و الصفر) يثير التساؤل عن مدى اعتبار المحرر الإلكتروني من قبيل الكتابة , و هو ما نوضحه فيما يلي .

أولا – عدم ارتباط الكتابة بالتدوين على وسيط ورقي

– استقر الفقه و القضاء في كل من مصر و فرنسا على أنه لا يلزم في المحررات العرفية اتخاذ شكل خاص أو استخدام لغة معينة . كذلك لا يهم في تحديد الكتابة أن تكون بخط اليد أو أن تكون مطبوعة . (١٤)

– كذلك و بالرجوع إلى التعريف الفقهي للكتابة نجد أن الفقه لم يحدد الكتابة بنوع الدعامة المادية التي يتم تدوين المحرر عليها . لذلك فإن الفقه المصري يشير إلى الكتابة المعتبرة دليلا في الإثبات بوصفها " الأوراق أو المحررات المكتوبة التي تستخدم كأداة للإثبات " . (١٥)

(١٤) أ.د. عبد الودود يحيى , المرجع السابق ؛ نقض مدني , ٣مايو ١٩٥٦ , مجموعة المكتب الفني , س٧ , ص٥٧٣ ؛ أ.د. جلال العدوي , مبادئ الإثبات في المواد المدنية و التجارية , بدون تاريخ , ص ١٣٦ و ما بعدها .

(١٥) أ.د. توفيق فرج , قواعد الإثبات , المرجع السابق , ف٢٩ , ص٥٢ ؛ أ.د. عبد الودود يحيى , المرجع السابق , ف٣٩٦ , ص٨٣٠ ؛ و قد عبر عن ذلك أ.د. جلال العدوي بأنه : " لا يعبر لفظ الورقة عن جوهر الإثبات بالكتابة " , و لهذا استبدلت لجنة مراجعة القانون المدني لفظ المحرر بلفظ الورقة ", المرجع السابق , الموضع السابق

و يعني ذلك أن الكتابة كما يمكن أن تدون فوق الأوراق فهي و كما كانت في عصور سابقة يمكن أن تدون في صحائف من الجلد أو الخشب أو الحجر . (١٦)

- هذا و تؤكد قواميس المصطلحات القانونية هذا المفهوم بتحديدها للكتابة و المحررات المقدمة للإثبات بوصفها كل ما يتم تدوين مضمون التصرف القانوني فيه سواء اتخذ شكل محرر يدوي مخطوط على الأوراق أو اتخذ شكلا آخر . (١٧)

هذا وقد جاء تحديد المقصود بالمحررات الكتابة واضحا في المواصفة الخاصة بالمحررات (iso DP. 6760) و التي أصدرتها المنظمة الدولية للمواصفات و المقاييس (أيزو - iso)بأنه : " المحرر هو مجموعة من المعلومات و البيانات المدونة على دعامة مادية بشكل دائم بحيث يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك " . (١٨)

و يستفاد من هذا التعريف بصفة خاصة أنه لم يحدد المحررات الكتابية بنوع الوسيط المستخدم في الكتابة و لم يتطلب أن يتم التدوين على دعامة مادية محددة .

ويتبين مما تقدم أنه لا يوجد ارتباط قانوني أو لغوي بين المحرر و بين وجوب تدوينه على وسيط ورقي . و يستفاد من ذلك أن المحررات الإلكترونية لا يمكن رفضها لمجرد أنها كتابة مدونة على دعائم إلكترونية .

---

(١٦) Le petit Robert , Dictionnaire de la langue française , éd . Robert : le terme " l'ecrit " .

(١٧) Vocabulaire Henri Capitant , sous la direction de Ggerard CORNU , 2e éd . , P.U.P. , 1990 , p. 298 ; F.LABARTHE , la notion de document contractuel , L.G.D.J. ,1994 , n7 .

(١٨) F.LABARTHE , la notion de document contractuel , L.G.D.J. , 1994 , n2 .

ثانيا – ارتباط تحديد المقصود بالكتابة بوظيفتها في الإثبات

– يتضح من تطلب الكتابة في الإثبات أنها وسيلة يتم توظيفها لإعداد دليل على وجود التصرف القانوني و تحديد مضمونه بما يمكن الأطراف من الرجوع إليه في حالة نشوب خلاف و عرضه على القاضي المختص ليفصل بينهم في ضوء ما تم الاتفاق عليه .

لذلك فإن تحديد المقصود بالكتابة يجب أن يتم في ضوء وظيفة الكتابة و الغرض منها و ليس على أساس نوعية الوسيط أو نوع الأحبار المستخدمة أو شكل الحروف أو الرموز المستخدمة .[١٩]

لكن و حتى يمكن للكتابة أن تقوم في الإثبات فلا بد أن تستوفي عددا من الشرائط التي ترقى بها إلى القيام بهذا الدور و تسمح بتوفير الثقة في المحررات الكتابية .

المطلب الثاني

الشروط التي يلزم توفرها في الكتابة لتمكينها من تحقيق وظيفتها في الإثبات

– اتفق الفقه على أنه و حتى تقوم الكتابة بالدور السابق بيانه فلا بد أن يكون الوسيط مقروءا lisible و أن تتصف الكتابة المدونة بالاستمرارية و الثبات .[٢٠]

(١٩) CAPRIOLI et SORIEUL , commerce international électronique , vers l'emergence des règles juridiques transationalles , clunet 1997 , p.323 et s. .

(٢٠) F.LORENZ , Rapport , commerce électronique , une nouvelle donnée pour les consommateurs , les entreprises , le citoyens et les pouvoirs publics , éd. , BER,1998 , p. 5 et s. .

أ- وجوب أن يكون المحرر الكتابي مقروءا lisible

- حتى يمكن الاحتجاج بمضمون المحرر المكتوب في مواجهة الأخرين فإن المحرر يجب أن يكون مقروءا . و بالتالي يجب أن يكون المحرر الكتابي مدونا بحروف أو رموز معروفة و مفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر .

فإذا ما رجعنا إلى المحررات الإلكترونية نجد أن هذه المحررات يتم تدوينها على الوسائط بلغة الآلة التي لا يمكن أن يقرأها الإنسان بشكل مباشر و إنما لا بد من إيصال المعلومات في الحاسب الآلي الذي يتم تغذيته ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة (و حروفها تتكون من توافيق و تباديل بين رقم الصفر و رقم الواحد) إلى اللغة المقروءة للإنسان .[٢١]

على أنه و بالرغم من أن قراءة المحرر الإلكتروني لا تتم مباشرة و إنما تحتاج إلى تدخل جهاز الحاسب لقراءتها بالنظر إلى طريقة التدوين و الرموز المستخدمة فيه , إلا أن هذه المحررات يمكن قراءتها في جميع الأحوال باستخدام الحاسب الآلي , و هو ما يعني استيفائها لهذا الشرط المتعلق بإمكان قراءتها و فهمها طالما أن اللغة التي تظهر على شاشة الجهاز هي لغة مفهومة و مقروءة لأطراف العقد .

و لقد أكدت المواصفة الخاصة بالمحررات و الصادرة عن منظمة المواصفات العالمية iso هذا المعنى في التعريف السالف الإشارة إليه للمحررات و الذي ورد فيه أن المحرر هو " مجموعة المعلومات و البيانات المدونة على دعامة مادية ... يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك .[٢٢]

(٢١) D.KAPLAN , internet, les enjeux pour la France , AFTEL, ed. 1995,p.93 et s. .

(٢٢) ISO.D.P. 6760 ,cite in F.LABARTHE, op.cit. , n2 .

كذلك و من أجل حسم هذه المسألة فقد أضاف المشرع الفرنسي في شأن الإثبات عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة نص المادة ١٣١٦ من التقنين المدني و الذي تم تعريف المحرر المستخدم في الإثبات بأنه "كل تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام أو أي إشارات أخرى تدل على المقصود منها و يستطيع الغير أن يفهمها .... " (٢٣)

ب- استمرارية الكتابة Durabilite

- يشترط للاعتداد بالكتابة في الإثبات أن يتم التدوين على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه و استمرارها بحيث يمكن الرجوع إلى المحرر كلما كان ذلك لازما لمراجعة بنود العقد أو لعرضه على القضاء عند حدوث خلاف بين أطرافه .

فإذا ما كانت الوسائط الورقية بحكم تكوينها المادي تسمح بتحقيق هذه الشروط , فإن استخدام الوسائط الإلكترونية يثير التساؤل عن مدى تحقق هذا الشرط فيها حتى يمكن اعتبارها من قبيل المحررات الكتابية . و في هذا الصدد فإن الخصائص المادية للوسيط الإلكتروني قد تمثل عقبة في سبيل تحقق هذا الشرط . ذلك أن التكوين المادي و الكيميائي للشرائح الممغنطة و أقراص التسجيل المستخدمة في التعاقد عن طريق الإنترنت تتميز بقدر من الحساسية بما يعرضها للتلف السريع عند اختلاف قوة التيار الكهربائي أو الاختلاف الشديد في درجة حرارة تخزين هذه الوسائط , و هي بذلك تعد أقل قدرة من الأوراق على الاحتفاظ بالمعلومات لمدد طويلة .

و مع ذلك فإن هذه الصعوبة الفنية قد أمكن التغلب عليها باستخدام أجهزة و وسائط أكثر قدرة و بالتالي يمكنها الاحتفاظ بالمعلومات لمدد طويلة ربما تفوق قدرة الأوراق العادية التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن و قد تتآكل بفعل الرطوبة أو الحشرات نتيجة لسوء التخزين .

---

(٢٣) هذا و سوف نعالج بالتفصيل هذا المشروع في الفصل الثالث من هذا البحث .

و يعني ذلك أن عقبة الاحتفاظ بالمحرر المكتوب لفترة طويلة من الزمن تسمح بالرجوع إليه كلما كان ذلك لازما أمكن للتكنولوجيات الحديثة أن تتغلب عليها مما يعني أن المحرر العرفي يستوفي بذاته و متى استخدمت هذه التكنولوجيات شرط استمرارية الكتابة على الوسيط .

ج- عدم قابلية الكتابة للتعديل إلا بإتلاف المحرر أو ترك أثر مادي عليه irreversibilite

- ورد نص المادة ٢٨ من قانون الإثبات المصري بأنه : " للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط و المحو و التحشير و غير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها . و إذا كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبدي ما يوضح حقيقة الأمر فيه " .

و يتضح من هذا النص أن تقدير قوة المحرر الكتابي في الإثبات يتحدد في ضوء السلامة المادية للمحرر و عدم إدخال تعديلات عليه بالإضافة أو المحو أو بالتحشير , إلا بظهور أي عيوب مادية في المحرر . فإن حدثت تلك التعديلات , فإن ذلك يجب أن يكون له أثر مادي ظاهر على المحرر حتى يمكن للقاضي تقدير ما يترتب عن ذلك من أثار قانونية .

فإذا ما كانت العيوب المادية التي يتم استظهارها تؤثر على قوة المحرر في الإثبات مؤدية إلى إنقاصها بل و إلى إسقاطها بحسب الأحوال فإن ذلك يفهم منه و بالضرورة أن المحرر الكتابي يجب أن يكون غير قابل للتعديل أو الإضافة إلا بظهور ما تم إدخاله عليه من تعديلات حتى يمكن تقدير قيمته في الإثبات .

- فأما المحررات المدونة على أوراق فإن التدوين الكتابي بالأحبار التي يتشربها الورق أو تنطبع عليه يتصل كيميائيا بالتركيب المادي لهذه الأوراق بحيث لا يمكن فصلهما إلا بإتلاف الأوراق أو إحداث تغييرات مادية يسهل التعرف عليها بالمناظرة أو من خلال الرجوع إلى الخبرة الفنية . (٢٤)

على أنه و بخلاف الأوراق التي تتحقق فيها هذه المواصفات , فإن الكتابة على الوسائط الإلكترونية من أقراص و شرائط ممغنطة تفتقد بحسب الأصل هذه القدرة ؛ بل أن افتقادها هو سبب تفوقها على الأوراق من ناحية الاستخدام العملي لها كما سبق بيانه في مقدمة هذا البحث . فالأصل في التدوين على الوسائط الإلكترونية هو قدرة كل طرف من الأطراف على تعديل مضمون المحرر و إعادة تنسيقه بالإضافة أو الإلغاء أو المحو بدون أن يظهر لهذا التعديل أي أثر مادي يمكن ملاحظته أو اكتشافه . (٢٥)

و يترتب على هذا الاختلاف المادي بين الأوراق و بين الوسائط الإلكترونية أن المحرر الإلكتروني يفتقر بحسب الأصل إلى شرط من أهم الشروط التي تتصل بوظيفة المحرر الكتابي في الإثبات و التي تهدف إلى تحقيق الثقة في البيانات المدونة في المحرر .

- و مع ذلك فإن التطور التكنولوجي قد أدى إلى حل هذه المشكلة أيضا عن طريق استخدام برامج حاسب آلي تسمح بتحويل النص (Document word processing) الذي يمكن التعديل

(٢٤) A.RAYNOWARD, la dématerialisation des titres,étude sur la forme scripturale, thèse paris II, 1998 ,n65 et s. . .

(٢٥) L.LEVENEUR,note sous cass. civ. 1re , 25 juin 1996, contrats-concurrence et consommation, 1996,n183 .

فيه إلى صورة ثابتة لا يمكن التدخل فيها أو تعديلها و يعرف هذا النظام باسم (Document image processing) . [٢٦]

كذلك فقد أمكن حفظ المحررات الإلكترونية في صيغتها النهائية و بشكل لا يقبل التبديل أو التعديل من خلال حفظها في صناديق إلكترونية لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص يهيمن عليه جهات معتمدة من قبل الدولة , بحيث تؤدي محاولة أطراف التعامل تعديل الوثيقة الإلكترونية إلى إتلافها أو محوها تماما . [٢٧]

- على أنه و بالرغم من التمكن من استيفاء الشرط السابق عن طريق التكنولوجيات الحديثة إلا أن تقييم مدى قدرة الوسيلة المستخدمة على تأمين بيانات المحرر سوف يخضع بضرورة الحال إلى تقدير قاضي الموضوع عند تدخله بشأن قبول الدليل في الإثبات .

و مما لا شك فيه أن ترك تقييم مدى إمكان قبول المحرر الإلكتروني الذي يتم تأمين بياناته بواسطة نوع معين من أنواع البرامج يؤدي من الناحية العملية إلى إضعاف قيمة هذا النوع من المحررات في الإثبات بالمقارنة بالمحررات المدونة على الأوراق و التي يلتزم القاضي بقبولها كدليل كتابي كامل متى ما كانت موقعة من أطرافها .

---

[٢٦] و بهذا أصبح بالإمكان إنشاء وثائق تتساوى مع الوثائق المدونة على الأوراق في إمكانية قراءتها دون التلاعب في مضمونها , و يعرف مستخدمو الحاسب هذا النوع من البرامج باسم" w rite once read many times "

أنظر في ذلك

Henry H.PERRITT, JR. , law and the information , superhighway ,wiley law ,1996 §12.28 .

[٢٧] E.CAPRIOLI, preuve et signature dans le commerce électronique, droit et patrimoine, 1997, n55 , p. 57 .

و حيث أن ذلك من شأنه إضعاف الثقة في المحررات الإلكترونية , فإننا نعتقد في وجوب تدخل المشرع بالنص صراحة على التكنولوجيا المعتمدة في تأمين بيانات المحررات بما يجعلها تستوفي شرط " عدم القابلية للتعديل " و بدون حاجة إلى تدخل القاضي في تقدير مدى توفر هذا الشرط .[٢٨]

المبحث الثاني

الشروط الواجب توفرها في التوقيع و مدى تحققها في التوقيع الإلكتروني

تمهيد

التوقيع هو العنصر الجوهري في الدليل الكتابي الكامل

- لم يرد في نصوص القانون المصري أو في نصوص القانون الفرنسي أي تعريف للتوقيع , و مع ذلك فقد ورد نص المادة ١٠ من قانون الإثبات المصري بأن : " المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأوضاع القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه . فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة رسمية , فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم " .

كذلك ورد نص المادة ١٤ من ذات القانون بأنه : " يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ...." .

---

[٢٨] و في حالة التدخل التشريعي بتحديد التكنولوجيا المعتمدة في تأمين المحررات الإلكترونية و مساواتها بالتالي مع المحررات المدونة على الأوراق من حيث قبولها كدليل كتابي في الإثبات , فإننا نعتقد بضرورة أن يفوض المشرع الوزير المختص بإصدار لائحة في هذا الشأن . و الهدف من هذا المقترح هو سهولة إصدار اللائحة بالمقارنة بالقانون بما يسمح ملاحقة التطورات التكنولوجية في مجال تأمين المحررات الإلكترونية .

- و يستفاد من النصوص السابقة أن الكتابة و التوقيع هما العنصران الأساسيان في الدليل الكتابي الكامل سواء كان محررا رسميا أو كان محررا عرفيا .[٢٩]

فإذا ما تمت كتابة المحررات على النحو السابق بيانه فإن أهم ما يجب توفره في المحرر حتى يمكن اعتباره دليلا كتابيا هو أن يوقع عليه الشخص الذي يراد الاحتجاج بهذا المحرر في مواجهته .[٣٠]

و حتى يمكن أن يتمتع التوقيع بهذه الثقة التي وضعها فيه المشرع و يؤدي وظيفته في الإثبات , فلا بد من أن يستوفي بعض الشرائط الأساسية التي يؤدي تخلف أحدها إلى تخلف وصف التوقيع القانوني عنه .

أما في الفرض الذي يتخلف فيه وجود التوقيع بمفهومه القانوني فإن المحرر المكتوب يفقد الشرط الجوهري في شأن اعتباره دليلا كتابيا كاملا , و هو ما يعني أن المحرر المكتوب لن يصلح في أفضل الأحوال إلا كمبدأ ثبوت بالكتابة متى توافرت فيه الشرائط التي يتطلبها القانون في هذا النوع من أنواع الأدلة .[٣١]

استنتاج الشروط اللازم توفرها في التوقيع من وظيفته في الإثبات

- ليس اعتبار التوقيع عنصرا جوهريا من عناصر الأدلة الكتابية المعدة للإثبات إلا نتيجة للدور الذي يقوم به التوقيع في الإثبات .

---

(٢٩) أما المحررات الرسمية فإنه – وكما جاء في نص المادة ١٠ سالف الذكر _ يشترط و بالإضافة إلى ما سبق أن تصدر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقا للأوضاع القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه .

(٣٠) أ.د.جلال العدوي , المرجع السابق , ص ١٦٤ و ما بعدها ؛ أ.د.شكري سرور , المرجع السابوق , دار الفكر العربي , ١٩٨٦ , ف ٧٣ و ما بعدها , ص ٧٦ و ما بعدها .

ETESSE, note sous cass. civ. , 1re ,3 mars 1970 ,D.,1970 ,p. 403 et s. .

(٣١) Com.31mars1965 , Bull.civ.,n247, p.220 ; civ. 1re, 13 fev.1968,JCP, 1968 , II,15477 ; civ.,1re ,3avril 1973,Bull.civ., n 126,p. 114 .

فمن ناحية أولى فإن التوقيع يلعب دورا هاما في تحديد هوية أطراف العقد و تمييز الشخص الذي يصدر عنه التوقيع عن غيره من الأشخاص . لذلك فإن التوقيع الذي تعقد به قانونا يجب أن يكون من شأنه تحقيق هذه الوظيفة .

و من ناحية ثانية , فإنه و بالنظر إلى أن التوقيع يجب أن يحدد شخصية من يصدره و يميزها عن غيرها ثم يكون دليلا على انصراف إرادة ذلك الشخص إلى الالتزام بمضمون المحرر ؛ فإنه يجب أن يكون هذا التوقيع مقروءا و ثابتا كما هو الشأن بالنسبة لبيانات المحرر ذاتها . [٣٢]

و أخيرا فإن التوقيع و قد تم وضعه على المحرر , فإنه يشير إلى ارتباط إرادة الشخص الذي يصدر عنه هذا التوقيع بمضمون المحرر و إقراره بصحة ما ورد فيه . لذلك فإنه يلزم أن يرتبط التوقيع ارتباطا ماديا وثيقا بالمحرر . [٣٣]

و من أجل توضيح ما تقدم فإننا سنعرض فيما يلي لتحديد الشرائط المادية اللازم توافرها في التوقيع (المطلب الأول) ثم نعرض لتعريف التوقيع الإلكتروني و بيان مدى توفر هذه الشرائط فيه و مدى قبوله و حجيته في الإثبات (المطلب الثاني) .

---

(٣٢) Rapport du conseil d'etat français, internet et les reseaux numériques, la documentation Française, 1998,p.17 .

أ.د. شكري سرور المرجع السابق , ف ٧٤ , ص٧٧ .

(٣٣) Alain BEN SOUSSAN et Yves Le ROUX , cryptologie et signature électronique ,aspects juridiques , Ed.Hermes, 1999, p.79 .

المطلب الأول

الشروط الواجب توفرها في التوقيع

- يعرف الفقه التوقيع بأنه العلامة الخطية الخاصة بالموقع التي تميزه عن غيره من الأشـخاص و التي يؤدي وضعها على أي وثيقة إلى إقراره بمضمونها .(٣٤)

و في ضوء هذا التعريف يمكن القول بأنه يجب أن تتوفر في التوقيع و حتى يقوم بوظيفته في الإثبات العناصر التالية : ١-أن يكون التوقيع خاصا بصاحبه و مميزا له عن غيره من الأشخاص .

٢- أن يكون التوقيع مقروءا و مستمرا شأنه في ذلك شأن الكتابة التي يتم إلحاقه بها .
٣-أن يتصل التوقيع بشكل لا يمكن فصله بالمحرر الكتابي الذي يريد صاحب التوقيع أن يقر بمضمونه و يلتزم بما جاء فيه .

الفرع الأول

اشتراط أن يكون التوقيع مميزا لشخص صاحبه

- حتى يمكن للتوقيع أن يقوم بوظيفته في إثبات التزام صاحبه بالمحرر الذي يتم وضع التوقيع عليه , فلا بد أن يكون التوقيع دالا على شخصية الموقع و مميزا له عن غيره من الأشخاص .(٣٥)

---

(٣٤) DE. LAMETHE , reflexions sur la signature , G.P. , 1976, 1 , p. 74 .

(٣٥) Cass.civ.Belge, 17 janv. 1955, pas., 1955; civ. Belge, 20 oct.1984, pas.,1985, I, p.106 .

هذا و قد ذهب بعض الفقه و القضاء في كل من مصر و فرنسا – و قبل ظهور التوقيع الإلكتروني – إلى ضرورة أن يتم التوقيع بخط يد الشخص الذي يصدر عنه التوقيع ؛ كما ذهبا إلى أنه لا يعتبر توقيعا و لا يكفي لوجوده أن يضع الشخص علامة مميزة أو مألوفة له أو إمضاءا مختصرا , و إنما يجب أن يشمل التوقيع على اسمه و لقبه كاملين . (٣٦)

و قد استند أصحاب هذا الرأي في مصر و بصفة أساسية إلى ما وردت به نصوص التشريع , و من ذلك ما ورد به نص المادة ١٤ من قانون الإثبات المصري من أنه : " يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة .... " . (٣٧)

– و مع ذلك فإننا لا نعتقد في صحة الرأي السابق و نتفق مع ما ذهب إليه جانب آخر من الفقه في عدم الحاجة إلى كتابة اسم الشخص و لقبه و إلى كفاية وضع شكل مميز – كما هو الحال في التوقيع البنكي – يسمح بتحديد هويته و يميزه عن غيره . (٣٨)

هذا ولقد انحاز القضاء الفرنسي في معظم ما صدر عنه من أحكام إلى هذا الرأي .فقد قبل القضاء بالتوقيع حتى و إن لم يشتمل على كامل اسم الشخص و لقبه كأن يكون باسم الشهرة أو

---

(٣٦) أنظر في ذلك أ.د. توفيق فرج , قواعد الإثبات , المواد المدنية و التجارية , المرجع السابق , ف٣٧ , ص٦٨ . و أنظر كذلك نقض مدني مصري ٣١ يناير ١٩٧٨ , مجموعة المكتب الفني , س٢٩ , ص٣٥٧ (طعن رقم ٥٥٣٧ لسنة ٤٤ ق) .

Cass.civ., 1re ,15juillet ,1957, Bull.civ., n331, p.263 .

(٣٧) أنظر في الفقه الفرنسي

MOUGENOT,droit de la preuve et technologies nouvelles: synthèse et perspectives , droit de la preuve-formation permanente CUP,volumeXIX, oct.1997 ,p. 45 .

(٣٨) MOUGENOT, op.cit. p. 413 ,n110 ; GAVALDA , la signature par griffe , JCP.1960 , I ,1579 .

أ.د. شكري سرور , المرجع السابق , ف ٧٥ , ص ٨٠ ؛ أ. .د. سمير تناغو , المرجع السابق , ف ٤٣ , ص ١٠٧ و ما بعدها .

بالأحرف الأولى أو برسم معين (كما هو الحال في نموذج التوقيع البنكي برسم خاص لاسم الشخص) . (٣٩)

- كذلك فإننا نعتقد في عدم ضرورة إصدار التوقيع بخط يد من يصدره . و يؤكد صحة رأينا هذا أن المشرع لم يفرض التوقيع بخط اليد بنص صريح بل أن العكس هو الصحيح , و هو ما يتضح من قبول المشرع المصري للتوقيع بالبصمة في المادة ١٤ سالفة الذكر .

و نحن نعتقد أن إذعان المشرع المصري للضرورات الاجتماعية التي فرضها تفشي الأمية يدل دلالة واضحة على عدم وجود تلازم قانوني بين التوقيع و بين تحريره بخط يد من يصدر منه . فإذا كان المشرع المصري قد قبل التوقيع بأداة منفصلة ماديا عن شخص الموقع و اعتبر ذلك مميزا للشخص عن غيره من الأشخاص , فإن ذلك يفتح الباب أمام قبول التوقيع الإلكتروني متى ما استوفى شرائط وجوده القانوني و كان قادرا على أداء وظيفته في الإثبات . (٤٠)

- و يدل على صحة هذا الرأي أيضا ما اقتضته ضرورات الميكنة و سرعة التعامل في الإدارات الحكومية الفرنسية من الاكتفاء بختم الإدارة حتى في حالة تغيب توقيع الموظف المختص , ذلك أن ختم الإدارة هو الذي يضفي على المستند طابعه الرسمي . (٤١)

---

(٣٩) Req,23mars1828,s.,1828,I,245;cass.civ.24juin1952,G.P.,1952,2,162;civ.2mai1935 ,s.,1935,I,192;civ.1re,21juillet1980,Bull.civ.,I,233 .

(٤٠) و لقد اعتبر المشرع الفرنسي التوقيع البنكي و الأرقام المتابعة على أرقام الشيكات البنكية الصادرة عن البنك بمثابة التوقيعات المعتمدة في الإثبات , و أصدر بذلك القانون رقم ٣٨٠-٦٦ الصادر في ١٦ يونيو ١٩٦٦ بتعديل نص المادة ١١٠/٨ من قانون التجارة الفرنسي .

Alain BENSOUSSAN,informatique et telecoms,Ed.Francis le febvre,1997,n625 et s. .

(٤١) F.CHAMOUX ,la preuve dans les affaires , litec, 1979,p. 72 et s. .

- و نخلص مما تقدم إلى أنه يكفي في التوقيع أن يكون مميزا و محددا لشخص صاحبه بغض النظر عن شكله أو وسيلة إصداره . كذلك فإنه لا محل لاشتراط كتابة التوقيع بخط من يصدر عنه , لأن الشرط الجوهري لا يتعلق بالاتصال المادي بين التوقيع و بين صاحبه و إنما يتعلق بقدرة التوقيع على تحديد هوية الشخص و تمييزه عن غيره . (٤٢)

الفرع الثاني

ضرورة أن يكون التوقيع مقروءا lisible و أن يكون وجوده متصفا بالاستمرارية durabilite

- ليس التوقيع إلا شكلا خاصا من أشكال الكتابة , وهو بالتالي يخضع لذات الشروط التي تخضع لها الكتابة من حيث إمكان الاطلاع عليه و قراءته سواء بشكل مباشر أو عن طريق استخدام آلة معينة (كالحاسب الآلي) .

كذلك يجب أن يتم تحرير التوقيع بشكل يسمح بالرجوع إليه طوال الفترة الكافية لاستخدامه في الإثبات . و حيث أن التوقيع و بوصفه شكلا من أشكال الكتابة لا يتميز بأحكام مستقلة في هذا الشأن , فإننا نكتفي بما سبق أن أوضحناه تفصيلا عند دراسة تحديد المقصود بالكتابة و الشروط الواجب توافرها فيها . (٤٣)

(٤٢) DE PAGE,traité de droit civil ,t.III, 3e ed. ,n777; VAN QUICKEN BORNE , Quelques reflexions sur la signature des actes sous seign prive, note sous cass.civ.Belge,28 juin1982,R.C.J.B., n19, p.81 .

(٤٣) أنظر ما تقدم ص١٦ و ما يليها .

الفرع الثالث

اتصال التوقيع بالمحرر الكتابي

- حتى يمكن للتوقيع أن يؤدي وظيفته في إثبات إقرار الموقع بما ورد في مضمون المحرر , فلا بد أن يكون هذا التوقيع متصلا اتصالا ماديا و مباشرا بالمحرر المكتوب . (٤٤)

و جدير بالملاحظة في هذا الصدد أنه و بالرغم من أن العرف قد استقر على وضع التوقيع في نهاية المحرر , إلا أن ذلك ليس شرطا من شروط وجود التوقيع أو صحته ؛ فالمهم أن يدل التوقيع على إقرار صاحبه بمضمون المحرر و قبوله له . (٤٥)

- و حقيقة الأمر أن استخدام الأوراق — و خلافا للتوقيع الإلكتروني ـــ في كتابة المحررات المعدة للإثبات يتحقق معه اتصال التوقيع بالمحرر اتصالا ماديا و كيميائيا لا يمكن معه فصل أحدهما عن الأخر إلا بإتلاف الوثيقة أو بإحداث تعديل في التركيب الكيميائي لكل من الأحبار و مادة الأوراق المستخدمة يمكن كشفه بالمناظرة أو باللجوء إلى الخبرة الفنية .

- و في ظل هذه المعطيات الواقعية يستوفي التوقيع التقليدي شرط الاتصال المادي بالمحرر بمجرد وضعه على المحرر كما سبق بيانه .

---

(٤٤) أ.د. محمد زهرة , مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية و التجارية , بحث مقدم ضمن أعمال مؤتمر القانون و الحاسب الآلي المنعقد في الكويت في نوفمبر ١٩٨٩ , ف٩ , ص٩ .

(٤٥) لذلك فقد ورد قضاء محكمة النقض الفرنسية باعتماد التوقيع حتى و إن كان الموقع قد وضعه في أعلى الصفحة طالما أنه يدل دلالة واضحة على إقرار الموقع بمضمون المحرر .

Cass.civ. 1re, 25fev. 1969 , JCP. , 1969 , II , 15904 .

المطلب الثاني

حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

– يثير التعاقد عن طريق الإنترنت مشكلة قبول التوقيع الإلكتروني في الإثبات ثم تحديد حجية المحرر الذي يتم التوقيع عليه إلكترونيا . و يقتضي التعرض لهذه المشكلات التعريف بالتوقيع الإلكتروني (الفرع الأول) ثم تحديد مدى استيفائه للشروط التي يلزم توافرها في التوقيع الذي يعتبر عنصرا من عناصر الأدلة الكتابية الكاملة (الفرع الثاني) . (٤٦)

الفرع الأول

التعريف بالتوقيع الإلكتروني

أولا–ظهور الحاجة إلى التعامل من خلال التوقيع الإلكتروني

– بدأ ظهور التوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات البنكية و بمناسبة استخدام بطاقات الائتمان سواء في السحب من المراكز الآلية للسحب النقدي أو من خلال استخدام هذه البطاقات في سداد ثمن السلع أو الخدمات من خلال وضع البطاقة في جهاز خاص متصل بالإدارة المركزية المتخصصة في هذا النوع من المعاملات . (٤٧)

---

(٤٦) Jérôme HUET et Herbert MAISL , droit de l'informatique et des télécommunications, état de questions, textes et jurisprudence, étude communautaire, litec.,1989,n617,et s.,p.697 et s. .

(٤٧) F.CHAMOUX , la loi du 12 juillet 1980,une ouverture sur des nouveaux moyens de preuve,JCP. 1981, 3008,n13 et s. .

و في مرحلة لاحقة تحقق الاتصال بكفاءة عالية عن طريق شبكة الإنترنت بما سمح بالتعامل عن طريق أجهزة الحاسب الآلي بين المشتركين على هذه الشبكة و لم يعد استخدام شبكات الاتصال مقصورا على المعاملات البنكية .(٤٨)و بالنظر إلى سرعة الاتصال عن طريق شبكة الإنترنت و ما يتحقق عن طريقها من إمكان اطلاع أطراف العقد على جميع وثائق التعاقد و تفاوضهم بشأنها بغير حاجة إلى انتقال أي منهم إلى موقع الأخر , فقد بدا من الضروري تمكين هؤلاء الأشخاص من إبرام العقود و التوقيع على المحررات التي يتم إفراغها فيها من خلال التوقيع الإلكتروني . (٤٩)

على أنه و بالنظر إلى صعوبة استيفاء التوقيع الإلكتروني للشروط اللازم توفرها في التوقيع الذي يعتد به كأحد عناصر الدليل الكتابي (٥٠)فقد أوجدت التقنيات الحديثة أنواعا عديدة من التوقيعات الإلكترونية بهدف الوفاء بالشروط اللازمة لاعتماد التوقيع الإلكتروني و الاعتداد به قانونا . (٥١)

ثانيا- الصور المختلفة للتوقيع الإلكتروني

- يذهب المتخصصون في مجال التنظيم القانوني لتقنيات الوسائط الإلكترونية إلى تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه " مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات و قبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته " . (٥٢)

---

(٤٨) Michel CABRILLAC, monétique et droit du paiement in aspect du droit prive en fin du 20e siècle,étude reunie à l'honneur de Michel de JUGLART, Ed L.G.D.J.,paris,1986,p.82 et s. .

(٤٩) 94eme congres des notaires de France,le contrat,Lyon,17-20 mai1998,p.391 et s. .

(٥٠) E.BARBRY,le droit du commerce électronique,de la protection a' la confiance,Rev.de l'informatique et des telecommunications,1998,2,p.14 .

(٥١) Jonathan ROSENAR, cyber law , the law of the internet , Ed. springer , 1996 , p.237 et s. .

و بالرجوع إلى ما أسفرت عنه التكنولوجيا في إنتاج التوقيعات الإلكترونية فإننا نستطيع – و حتى الآن – أن نحدد خمسة أنواع من التوقيعات الإلكترونية .

١- تحويل التوقيع بخط اليد إلى توقيع إلكتروني

- حتى يتم نقل توقيع الشخص عبر شبكة الاتصال الإلكتروني , فإن بعض الأشخاص يلجئون إلى نقل توقيعهم المحرر بخط اليد عن طريق التصوير (بالماسح الضوئي – scanner) ثم نقل هذه الصورة إلى الملف الذي يراد إضافة هذا التوقيع إليه لاستكماله .

و مما لا شك فيه أن هذا النوع من أنواع التوقيع لا يتمتع بأي درجة من درجات الأمان التي يمكن أن تحقق الثقة اللازمة في التوقيع , إذ أن المرسل إليه يستطيع أن يحتفظ بنسخة من صورة التوقيع و يعيد لصقها على أي وثيقة من الوثائق المحررة على الوسائط الإلكترونية .

لذلك فإن هذا النوع من التوقيع الإلكتروني لا يمكن للقضاء الاعتداد به في استكمال عناصر الدليل الكتابي المعد للإثبات . (٥٣)

٢- التوقيع عن طريق استخدام البطاقات الممغنطة و الرقم السري

- انتشر التعامل بالبطاقات الممغنطة في مجال المعاملات البنكية التي تستخدم في السحب النقدي من خلال أجهزة الصرف الآلية أو من خلال القيام بسداد ثمن السلع و الخدمات في المحال التجارية بإدخال البطاقة في الجهاز المخصص لذلك . (٥٤)

---

(٥٢) E.DAVIO,internet face au droit,cahiers du C.R.I.D.,n12;Ed. Story-scientica,1997,p.80 et s. .

(٥٣) MOUGENOT , op.cit. , n121 ,p.148 .

و تنحصر إجراءات التوقيع بالموافقة على عمليات السحب النقدي أو السداد بالبطاقة في :

١-إدخال البطاقة التي تحتوي على البيانات الخاصة بالعميل (في دائرة إلكترونية مغلقة مثبتة على البطاقة) في الجهاز المخصص لذلك .

٢-كتابة الرقم السري المخصص لصاحب البطاقة " pin - personnal identification number "

٣-إصدار الأمر بالسحب أو بالسداد بالموافقة على العملية بالضغط على المفتاح الذي يكتمل به التعبير عن الإرادة في قبول العملية .[٥٥]

- و يذهب بعض الفقه إلى أن هذا النوع من التوقيع الإلكتروني ينفصل ماديا عن شخص صاحبه بما يتيح استخدام البطاقة عن طريق أي شخص أخر يتمكن من الحصول عليها و يعرف الرقم السري الذي قد يهمل صاحبه في حفظه .

- و نحن من جانبنا نعتقد بأن ما تقدم من انتقاد لا يؤثر على صلاحية هذا النوع من أنواع التوقيع الذي يتمتع بوسائل تأمين هامة تؤكد الثقة في التوقيع و انتسابه إلى مصدره . أما إمكان حصول الغير على البطاقة و الرقم السري في ذات الوقت فهو أمر نادر و يرجع إلى إهمال شديد من صاحب البطاقة , و مع ذلك فإنه يمكنه تجنب نتائجه بسرعة الإخطار بفقد البطاقة و طلب وقف التعامل بها .[٥٦]

---

[٥٤] أنظر في شأن الحماية المقررة للعملاء في مجال الائتمان و بصفة خاصة فيما يتعلق بشأن تخزين البيانات المتعلقة بالعميل بمناسبة إبرام عقود الائتمان : أ.د. حسام الأهواني , الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي , المرجع السابق , ص٣٩ و ما بعدها .

[٥٥] S.PARISIEN et P.TRUDEL, l'identification et la certification dans le commerce électroique , Quebec, Ed.Yvon Blais inc. , 1996 , p.99 .

[٥٦] M.VAN HUFFEL, le developpement de la politique communautaire dans le domaine des services financiers , les moyens de paiement électronique, actes du

كذلك فإن استخدام البطاقة بواسطة الغير في هذه الفروض النادرة لا يختلف في نتائجه عن تزوير التوقيع الخطي , و هو ما يستطيع صاحب التوقيع توقيه في الحالة الثانية بإثبات التزوير و في الحالة الأولى بإثبات استخدام البطاقة بواسطة الغير بعد سرقتها أو فقدها طالما اتخذ صاحب البطاقة الإجراءات الخاصة بالإخطار عن ذلك الفقد . (٥٧)

- و مع ذلك فنحن نعتقد بأن هذا النوع من أنواع التوقيع لا يصلح لإعداد الدليل الكتابي المهيأ للإثبات لأسباب أخرى , ذلك أن هذا التوقيع لا يتم إلحاقه بأي محرر كتابي و إنما يتم تسجيله في وثائق البنك منفصلا عن أي وثيقة تعاقدية . (٥٨) . لذلك و في العلاقة بين العميل و البنك فإن انفصال التوقيع الإلكتروني عن البيانات المسجلة في وثائق البنك يؤدي إلى عدم إمكان اعتبار هذه المحررات أدلة كتابية كاملة ؛ و هو ما يتوقى البنك آثاره من خلال إبرام اتفاق خاص بنظام الإثبات بينه و بين العميل مستخدم البطاقة . (٥٩)

٣- التوقيع عن طريق الضغط على أحد مفاتيح لوحة الحاسب الآلي بما يفيد الموافقة على التصرف القانوني

- يتم إبرام العقود عبر الإنترنت من خلال إرسال نموذج للعقد إلى الصفحة الخاصة بالمشتري لتمكينه من الاطلاع على بنوده . و يحتوي هذا النموذج على خانات تحتوي على عبارات تفيد

---

colloque de l'observatoire du credit et de l'endettement, 17 nov.1997 , Bruxelles,sept. 1998, p. 57 et s. .

(٥٧) B.AMORY et Y.POULLET , le droit de la preuve face a' l'informatique, approche de droit compare , D.I.T., 1985 , P.11 et s. .

(٥٨) J.-P.BUYLE, la carte de banque a' piste magnetique, R.D.C. , 1984, p. 663 .

(٥٩) X.THUNIS et M.SCHAUSS , aspects juridiques du paiement par carte, cahiers du C.R.I.D. ,n 1 .

بقبول التعاقد (نعم – yes) أو رفضه (لا _ No) . و يتم القبول بهذا العقد النموذجي بمجرد قيام المرسل إليه بالضغط على مفتاح القبول (ok- . return) بلوحة المفاتيح بالحاسب , أو بالضغط بالمؤشر المتحرك على الخانة المخصصة للقبول في العقد المعروض على شاشة الجهاز .

و مما لا شك فيه أن هذا المظهر من مظاهر التعبير عن الإرادة و الذي ليس له أي شكل مادي ملموس أو مكتوب يثير التساؤل عن مدى اعتباره تعبيرا عن الإرادة بالمعنى المحدد في نص المادة ٨٩ من التقنين المدني المصري أو الذي عرف به الفقه التراضي .(٦٠)

– و بالرجوع إلى موقف الفقه بالنسبة للمظهر الذي يجب أن يتخذه التعبير عن الإرادة , نجد أنه استقر على عدم الحاجة لإخضاعه لشكل خاص و السماح للمتعاقد بأن يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يختارها .(٦١)

كذلك فإن نص المادة ٩٠ من التقنين المدني المصري يؤكد عدم الحاجة إلى أن يتخذ التعبير عن الإرادة شكلا معينا أو مظهرا خاصا ؛ فقد ورد نص هذه المادة بأنه : " ١- التعبير عن الإرادة يكون

---

(٦٠) يعرف الفقه التقليدي التراضي بأنه : " توافق إرادتي المتعاقدين على إحداث الأثر المقصود من التعاقد " و بأن ذلك التوافق يتم بتبادل التعبير عن الإرادتين المتطابقتين . أ.د. عبد المنعم الصدة , مصادر الالتزام , دار النهضة العربية , ١٩٩٢ , ف٦٥ , ص٨٧ .

و يتوافق هذا التعريف مع ما ورد به نص المادة ٨٩ من التقنين المدني المصري و الذي جاء بأنه : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين , مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد . و يبين مما تقدم أنه و حتى يتم إبرام العقد فلا بد من اتجاه إرادة المتعاقد إلى إحداث الأثر القانوني . و يقتضي ذلك إعلان الشخص عن الإرادة في مظهر خارجي محسوس .

P.VAN OMMESLAGHE , droit des obligations, vol. I , 3e ed. Bruxelles , 1999, p.43 .

(٦١) و مع ذلك فللمشرع أن يتطلب إفراغ التعبير عن الإرادة في شكل معين كما هو الشأن بالنسبة لعقد الهبة .

BENSOUSSAN ,le commerce electronique, aspects juridiques, ed. Hermes, 1998, p. 21 et s. .

باللفظ و بالكتابة و بالإشارة المتداولة عرفا , كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود . ٢- و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا " . (٦٢)

لذلك يتضح أن مجرد الضغط على مفتاح في لوحة الحاسب الآلي أو على الخانة المخصصة للقبول في النموذج الذي يظهر على الشاشة يعد تعبيرا صريحا عن الإرادة بالنظر إلى أن هذا الفعل هو الوسيلة التي تسمح بإظهار إرادة المتعاقدين في هذا النمط من أنماط التعاقد .

- أما فيما يتعلق بإثبات هذا القبول و بالتالي إثبات العقد , فإن مجرد الضغط على مفتاح القبول " ok " في لوحة المفاتيح لا يعد كافيا في حد ذاته لاعتبار ذلك توقيعا يستكمل به المحرر الإلكتروني العناصر اللازمة لاعتباره دليلا كتابيا كاملا .

و لهذه الأسباب و لما تستلزمه مقتضيات التجارة الإلكترونية , فإن المحررات التي يتم توقيعها بواسطة الحاسب الآلي المنزلي أصبحت تحتوي على خانة يضع فيها المتعاقد الرقم السري الخاص ببطاقته الائتمانية بالإضافة إلى إمكانية استخدام (المفتاح الخاص) الذي تقوم على منح الشهادة الخاصة به جهات معتمدة من قبل السلطة التنفيذية . (٦٣)

و حيث تمكنت التكنولوجيا المتقدمة من تحقيق الثقة في هذا النوع من التوقيعات بل و إيجاد طرف ثالث من الغير (جهات معتمدة من سلطات الدولة) لتوثيق هذا التوقيع , فإن هذا التوقيع من الممكن أن يستكمل الشروط اللازمة للاعتداد به قانونا , و أصبح من الممكن إلحاقه بالمحررات

---

(٦٢) Lionel BOCHUR BERG, internet et commerce electronique, Ed.DELMAS ,1999, n918 , p.116 .

(٦٣) E.SHANNON, communication theory of secret systems , Bell system technical journal, vol.28, n4 , p. 656 et s. .

الإلكترونية ــ و على النحو السابق بيانه ــ بما ينشأ معه دليل كتابي كامل صالح لإثبات التعاقد على قدم المساواة مع المحررات المدونة على الأوراق .(٦٤)

- و مع ذلك , و لأن تقدير مدى استيفاء التوقيع للشروط اللازمة للاعتداد به يخضع الرقابة قاضي الموضوع , فإن هذا – وكما هو الأمر بالنسبة للمحرر ذاته – يؤدي إلى تهديد الثقة بالتوقيع الإلكتروني . لذلك فإننا نؤكد ما سبق و أوصينا به (في شأن تدوين بيانات المحرر أيضا) من ضرورة تدخل المشرع بتحديد التكنولوجيا التي يؤدي استخدامها إلى الثقة في التوقيع و بالتالي إلى الاعتداد به في استكمال عناصر الدليل الكتابي . و سوف يؤدي ذلك من الناحية القانونية إلى المساواة بين المحررات الإلكترونية و المحررات العرفية التقليدية في شأن مدى القبول بها . كذلك فسوف يؤدي ذلك من الناحية العملية إلى الثقة في التوقيع الإلكتروني و بالتالي تشجيع التعاقد عن طريق الإنترنت , حيث يعلم كل من المتعاقدين أن التوقيع الإلكتروني لن يكون خاضعا لتقدير القضاء و أن العقد يسهل إثباته بموجب الوثائق المحررة على شاشة جهاز الحاسب الآلي .

٤- التوقيع " بالخواص الذاتية " " التوقيع البيو متري " " biometric signature "

- يهتم العلم البيومترلوجي بدراسة الخواص المميزة لكل شخص مثل بصمة الإصبع أو بصمة شبكية العين أو البصمة الصوتية أو بصمة الشفاه , ثم دراسة مميزات الشخصية في المظهر الخارجي للأداء كما هو الشأن في تحديد خط الإنسان بدراسة درجة ضغط اليد على القلم و كمية الاهتزازات التي تصدر عن اليد أثناء الكتابة ... الخ .

(٦٤) Yann BREBAN et Isabelle POTTIER , les decrets et arrêtés cryptologie, La mise en oeuvre effective de l'assouplissement des dispositions antérieures, G.P., 21 avril 1998, doct. n° 4 et s.

و مما لا شك فيه أن ارتباط هذه الخصائص الذاتية بالإنسان تسمح بتمييزه عن غـــيره بشـــكل موثوق به إلى أقصى الحدود و هو ما يتيح استخدامها في التوقيع على التصرفات المبرمة عـــن طريـــق الإنترنت و غيرها من المعاملات التي تحتاج إلى إثبات شخصية الإنسان بالخصائص الماديـــة اللصيقـــة بجسده .

على أنه و بالنظر إلى الحاجة إلى استمارات ضخمة من أجل تمكين مستعملو شبكة الإنترنت مـــن استخدام الخصائص الشخصية , فإن هذا النوع من التوقيع لا يزال في مراحله الأولى . (٦٥)

- و مع ذلك , و أخذا في الاعتبار بأن سرعة التطور في هذا الميدان تنبئ عن اقتراب العمل بـــه , فإننا نورد ذات التحفظات التي أوردناها على نسخ التوقيع الخطي بشأن هذا الـــنوع مـــن أنـــواع التوقيع , إذ من الممكن أن تخضع الذبذبات الحاملة للصوت أو صورة بصمة الإصبع أو شبكة العـــين للنسخ و إعادة الاستعمال , كما يمكن أن يتم إدخال تعديلات عليها .

لذلك فإن هذا النوع من التوقيع مثله مثل كل أنواع التوقيع الإلكتروني رهين في شأن تأمين الثقـــة به من ناحية أولى بإيجاد التكنولوجيا التي تؤمن انتقاله بدون القدرة على التلاعب فيه , و من ناحيـــة ثانية باعتراف القضاء أو المشرع بكفاءة هذه التكنولوجيا في تأمين التوقيع و بالتالي إمكان الاعتداد بـــه في الإثبات . (٦٦)

---

(٦٥) E.SHANNON, a mathématical theory of secret systems , Bell system technical journal, vol.27 , n 4,p. 379 et s., et p. 623 et s. .

(٦٦) DE LAMBERTERIE , la valeur probatoire des documents informatiques dans les pays de la CEE, Rev. int. droit comp. , 1992, n 15 et s. ; voir aussi , C.GAVALDA, televente et telepaiement, les cahiers de droit et de procedure, colloque du 10 nov.1995, informatique et preuve .

٥- التوقيع الرقمي Digital signature

- إن التوقيع الرقمي (numerique ou digitale) من شأنه أن يضمن تحديد هوية أطـــراف العقد تحديدا مميزا لهم عن غيرهم من الأشخاص كما يضمن عدم إمكان التدخل على مضمون التوقيع أو مضمون المحرر الذي يرتبط به . و هو بذلك يحقق كافة الشرائط التي يتطلبها القـــانون في المحـــرر الذي يصلح أن يكون دليلا كتابيا كاملا .[٦٧]

هذا و يتم إعداد التوقيع الرقمي من خلال معادلات رياضية باستخدام اللوغاريتمات يتحول بهـــا التوقيع أو المحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية لا يمكن لأحـــد أن يعيدهـــا إلى الصيغة المقروءة إلا الشخص الذي لديه المعادلة الخاصة بذلك و التي يطلق عليها " المفتاح " .[٦٨]

فإذا طرح التاجر بضاعته عن طريق الإنترنت فإنه يتيح لكل مشتري أن يقـــرأ الرســـالة دون أن يتمكن من تعديل بنودها من خلال تمكين المشترين من مفتاح " عام " يسمح بـــالقراءة دون تعديـــل الصيغة . أما المشتري فإنه يتحكم في مفتاح خاص (عبارة عن معادلة مـــن الأرقـــام أو الأرقـــام و الحروف) يستطيع بموجبه أن يعيد إرسال العقد مرفقا به توقيعه في ملف لا يمكن التاجر من تعديلـــه لأنه لا يملك هذا المفتاح الخاص .[٦٩]

(٦٧) Michel VASSEUR, obs.sur C.A. PAU, 17oct. 1984, D., 1985 , IR, 343 .

(٦٨) Carl H.MAYER et Stephen MATYAS, crypto graphy , Ed. John wiley &sons, 1982 .

(٦٩) Bruce SCHNEIER , cryptographie appliquee, international thomson publishing france , 1994 , p.197 et s. .

و يستلزم هذا النمط من أنماط التوقيع إيجاد جهة متخصصة في إصدار هذه المعادلات (المفـلتيح) بناء على طلب العملاء و إصدار شهادات تفيد صحة توقيع العملاء بموجبـها , و بالتـالي استـيفاء العنصر الجوهري لاستكمال الدليل الكتابي المعتد به في الإثبات .

لذلك فقد شرعت الدول الأوروبية في إيجاد تشريعات منظمة لهذه الجهات التي تصدر المفـاتيح الخاصة بتدوين المحررات الإلكترونية و إصدار التوقيع الإلكتروني حتى تسمح بتوفير الثقـة في هـذه المحررات و في التوقيع الإلكتروني و بالتالي في التعامل عن طريق الإنترنت . (٧٠)

الفرع الثاني

مدى استيفاء التوقيع الإلكتروني للشروط اللازمة للاعتداد بالتوقيع في الإثبات

- بظهور التوقيع الإلكتروني ثارت التساؤلات حول إمكانية اعتماد هذا النوع من التوقيعـات في استكمال عناصر الدليل الكتابي الكامل .

و يرجع هذا التساؤل إلى الخصائص المادية الفريدة التي يتميز بها التوقيع الإلكـتروني بالمقارنـة بالتوقيع التقليدي الذي يضعه الشخص بخط يده على المحرر الكتابي الذي تتم تمييته ليكون دليـلا في الإثبات .

و لعل أهم الأسباب التي تدعو إلى التشكك في قيمة التوقيع الإلكتروني ترجع إلى انفصال هـذا النوع من التوقيع عن شخصية صاحبه و إمكان تكراره بدون موافقته أو علمه إذا لم يتـم استـخدام تقنيات تكنولوجية معقدة من أجل تأمينه .

---

(٧٠) و هذا ما ندرسه في الفصل الأخير في هذا البحث .

Jean maurice OUDOT, la signature mumerique, petites affiches, n 54 , 6 mai 1998 .

كذلك فإن هذا التوقيع و حتى بفرض استيفائه لذات الخصائص التي يتمتع بها التوقيع التقليدي لن يرتبط ارتباطا ماديا بالمحرر الكتابي الذي تتم تهيئته كدليل للإثبات إلا إذا وجدت تقنية تكفل ذلك يعترف بها القانون و يعتمدها القضاء .

– و في ضوء الاعتراضات السابقة فإن جانب كبير من الفقه قد رفض اعتبار التوقيع الإلكتروني مماثلا للتوقيع التقليدي بخط اليد . (٧١)

– و مع ذلك فنحن نعتقد في عدم صحة الرأي السابق لعدم وجود أي نص قانوني يضع تعريفا محددا و ملزما لنوع أو طريقة التوقيع التي تلزم لإعداد المحررات العرفية أو الرسمية . (٧٢)

كذلك – و هذا هو الأهم – فإن اختلاف التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي الذي يتم بخط اليد يبدو في الوسيلة و ليس في الهدف أو الوظيفة المبتغاة منه , و هو بذلك – شأنه في ذلك شأن التوقيع التقليدي – يصدر عن صاحبه للإفصاح عن شخصيته و التعبير عن إرادته بقبول التصرف الذي يتم التوقيع عليه و الالتزام بما يرد فيه من شروط .

و هكذا فإن وجه الاختلاف الوحيد بين هذين التوقيعين يكمن في مدى تحقيق التوقيع للثقة التي يبني عليها المشرع حجية التوقيع في الإثبات . فإن توفرت ذات الثقة في التوقيع الإلكتروني , فإنه يتساوى مع التوقيع التقليدي في حجيته في الإثبات . (٧٣)

(٧١) MM. AMORY et POULLET ecrivent que " la signature ecrite, expression de la personnalité d'un individu et de son adhesion au contenu d'un acte disparaît ",le droit de la preuve face a' l'informatique et a' la télématique, RID compare 1985,p.339.; M.LINANT DE BELLEFONDS et HOLLANDE affirment que "l'ecrit doit être signé ...toute comparison entre la signature et les clefs d'accès n'étant juridiquement pas fondée", Droit de l'informatique,Delmas,1990,I, 7 .

(٧٢) I.DAIRICA,la signature,thèse , paris II,1997 ,n 8 et s. .

و حيث أن الثقة التي يجب أن تتوفر في التوقيع تتعلق بأدائه لوظيفته في تحديد هوية الشخص و إثبات توجه إرادته إلى القبول بمضمون العقد ؛ فإن ذلك يدعونا إلى التحقق من قدرة التوقيع الإلكتروني على أداء هذه الوظائف في ظل الإمكانيات التكنولوجية المتاحة .

أولا– قدرة التوقيع الإلكتروني على التحديد الدقيق لشخصية مصدره

– مما لا شك فيه أن نقل التوقيع على شبكة الإنترنت بمجرد النسخ أو التصوير لا يحقق أي ثقة في تحديد شخصية من صدر عنه هذا التوقيع , إذ أن أي شخص يستطيع أن يتلقف هذه الصورة و يستخدمها كيفما يشاء . و لعل هذا هو السبب في التصور السائد بعدم صلاحية التوقيع الإلكتروني في القيام بوظيفة التوقيع الذي نظمه المشرع في نصوص قانون الإثبات .

و مع ذلك فإن الثقة التي تتوفر في التوقيع الإلكتروني و بالتالي مدى قدرته على تحديد شخصية من يصدر عنه التوقيع تتعلق بنوع التكنولوجيا المستخدمة في تأمين التوقيع .

لهذا فإننا و باستعراض أنواع التوقيع الأساسية نجد أن الإجراءات المتبعة في تأمين التوقيع عن طريق الرقم السري المرتبط ببطاقات التأمين ثم عن طريق " المفتاح الخاص " عند استخدام التوقيع الرقمي و الذي يخضع في إصداره و متابعته لرقابة جهات معتمدة من قبل السلطة التنفيذية في الدولة , تحقق قدرا من الثقة في التوقيع و انتسابه لصاحبه لا يمكن للتوقيع العادي أن يحققها .

هذا و يتفوق التوقيع الإلكتروني على التوقيع التقليدي (الذي يتم بخط اليد) بالنظر إلى أن الاستيثاق من شخصية صاحب التوقيع يتم بشكل روتيني في كل مرة يتم فيها استخدام الرقم السري

---

(٧٣) J.LARRIEU,les nouveaux moyens de preuve,pour ou contre l'identification des documents, informatiques à des ecrits sous seign privé,cahiers lamy nov. 1988, H, 2090.

أو المفتاح الخاص , و بالتالي فإنه لا مجال للانتظار حتى ينشب النزاع للبحث في مدى صحة التوقيع كما هو الشأن في أغلب الأحوال بصدد المحررات الموقعة بخط اليد .

ثانيا– قدرة التوقيع الإلكتروني في التعبير عن إرادة صاحبه في الرضاء بالتعاقد و القبول بالالتزام به

– يؤدي توفر الثقة في صحة التوقيع من خلال استخدام الرقم السري أو المفتاح الخاص إلى تأكيد توجه إرادة صاحب التوقيع في إصداره . و مع ذلك فإن المشكلة تظل قائمة بشأن ارتباط هذا الرضاء بمضمون المحرر الإلكتروني الذي يتم تحريره على الوسائط الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت . (٧٤)

و هنا أيضا لا تتعلق المشكلة بقواعد الإثبات بقدر ما تتعلق بكفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون المحرر المدون إلكترونيا من ناحية و تأمين ارتباطه بشكل لا يقبل الانفصال عن التوقيع من ناحية أخرى .

لذلك فإن استخدام التقنيات المتقدمة التي من شأنها توفير الثقة في سلامة المحرر الإلكتروني و عدم إدخال أي تعديلات عليه ثم إلى ارتباط التوقيع به يؤدي بالضرورة إلى مساواة المحرر الإلكتروني بالمحرر العرفي التقليدي الذي يتم تدوينه على الأوراق من حيث الحجية في الإثبات . (٧٥)

---

(٧٤) Pierre LECLERCQ, les nouveaux moyens de reproduction et le droit de la preuve,communication a'l'association Henri capitant ,1986, p. 1 et s. .

(٧٥) يستلزم القانون البريطاني في العقود التي يتطلب في تحريرها الكتابة أو في الكتابة اللازمة للإثبات أن تتم خلال الحدود الأربعة (four corners limit) . و يقصد بهذا المصطلح إيجاد وسيلة للتأمين المادي لما يتم الاتفاق عليه بين أطراف العقد . لهذا فإن التوقيع على الورقة ذات الأركان الأربعة يعد متوافقا مع هذه القاعدة إذ يفترض بوجود التوقيع في هذا الحيز المادي علم الموقع بمضمون المحرر و قبوله به . أنظر في ذلك :

و من أهم التقنيات المستخدمة في هذا المجال تلك التقنية المستخدمة في تأمين التوقيع الرقمي عن طريق الرقم الخاص المعتمد عن طريق جهة مرخص لها بالعمل من قبل جهة الإدارة تتولى إصدار المفتاح الخاص و تصدر شهادة بصحة التوقيع و ارتباطه بالمحرر الإلكتروني و بأنه لا يمكن لغير صاحب المفتاح أن يعدل من صيغة المحرر .

و من أهم أساليب استخدام المفتاح الخاص للربط بين التوقيع و بين المحرر و تأمينهما من التعديل التقنية المعروفة باسم " Hachage irreversible " و التي يتم من خلالها تحويل المحرر الإلكتروني (مثله في ذلك مثل التوقيع) إلى معادلة رياضية لا يمكن فهمها و لا قراءتها إلا بالمفتاح الخاص الذي يتم تسليمه إلى العميل المتعاقد بصفة شخصية تحت رقابة إحدى الهيئات المتخصصة في هذا العمل . (٧٦)

و بهذه التقنية فإن المحرر يختلط بالتوقيع على نحو لا يمكن فصله و لا يمكن لأحد غير صاحب المحرر المدون على هذا النحو من التدخل بتعديل مضمونه . و بهذا يكون في يد كل طرف من أطراف

Arnaud RAYNDUARD, le concept de document contractuel applique au commerce électronique, in colloque du consentement électronique, 23-24 sept.1999, CDC,louvain la neuve,p.108 .

(٧٦) و في هذا الفرض الخاص بالمحررات الإلكترونية فإن الوثيقة و إن تعددت صفحاتها على شاشة الجهاز عند عرضها , إلا أنها تمثل في واقع الأمر مجموعا واحدا لا يتجزأ . و يعني ذلك بطبيعة الحال أن توقيعا إلكترونيا واحدا يعد كافيا متى ما ارتبط بالكتلة الكهربائية التي يتكون منها المحرر العرفي . و بذلك لا يصبح هناك محل لما ثار من خلاف بشأن المحررات المدونة على الأوراق بشأن التساؤل عن ضرورة التوقيع على كل ورقة من أوراق المحررات استقلالا .

Cass.civ.3e,19 fev.1971 ,Bull.civ.,n 132,p.94 .

العقد النسخة المحررة و الموقعة من الطرف الأخر و التي يمكنه تقديمها كدليل كتابي كامل في الإثبات . (٧٧)

– و بالرغم من هذه الإمكانية في الربط بين المحرر و بين التوقيع و تأمينهما من التلاعب فيهما , فإننا نتحفظ على ذلك بأن قبول المحرر الإلكتروني بواسطة القاضي كدليل كتابي يقتضي في بادئ الأمر أن يقرر القاضي مدى كفاءة التقنية المستخدمة في استيفاء الشروط التي تؤهل التوقيع للقيام بدوره في الإثبات , و هو ما يضعف من قوة المحرر الإلكتروني و يؤدي إلى تهديد الثقة التي يجب توفيرها للمتعاملين به . (٧٨)

– و هكذا فبينما يعد المحرر العرفي الموقع دليلا كتابيا كاملا , فإن قبول المحرر الإلكتروني كدليل في الإثبات يخضع للسلطة التقديرية للقاضي و هو ما يتساوى من الناحية العملية مع قلب عبء الإثبات في شأن صحة الدليل الكتابي .

لذلك فإننا نقترح – كما أوضحنا بصدد تأمين الكتابة الإلكترونية – أن يتدخل المشرع بتحديد التقنيات التي إذا ما تم استخدامها يكون التوقيع الإلكتروني صحيحا , و التي يتحقق بموجبها الارتباط المادي بين التوقيع و بين المحرر الإلكتروني .

---

(٧٧) LINANT DE BELLEFONDS , l'internet et la preuve des actes juridiques, expertises,1997,p.226 et s. .

(٧٨) Lionel BOCHURBERG, internet et commerce electronique, 1999, DELMAS, n 947, p.125 .

الفصل الثاني

حجية المحررات الإلكترونية في ظل نصوص قانون الإثبات الحالي

– في ظل عدم وجود تعريف محدد للمقصود بالكتابة و التوقيع في التشريعات المنظمة للإثبات , فإن تقدير قيمة المحررات الإلكترونية في الإثبات و مساواتها بالمحررات العرفية يخضع لسلطة القاضي التقديرية (المبحث الأول) . على أنه و بالنظر إلى أن هذه المساواة ليست مؤكدة و إلى أن غياب الشروط اللازم توافرها في المحرر العرفي يؤدي في أغلب الأحوال إلى عدم إمكان اعتبار المحرر الإلكتروني دليلا كتابيا كاملا , فإن القضاء – و يدعمه في هذا الفقه – يلجئان إلى قبول هذه المحررات في الإثبات من خلال تطبيق النصوص المنظمة لقبول الأدلة غير الكتابية في الإثبات (المبحث الثاني) , بل و التوسع في ذلك من أجل تشجيع التعامل عبر الإنترنت (المبحث الثالث) .

و في الجانب المقابل , فإن أطراف التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت يتجهون إلى إبرام اتفاقات خاصة معدلة لقواعد الإثبات الواردة بنصوص القانون (المطلب الرابع) .

المبحث الأول

سلطة القاضي في قبول المحررات الإلكترونية و مساواتها مع المحررات العرفية من حيث قوتها في الإثبات

– في غياب التحديد الحصري للمقصود بالكتابة و المقصود بالتوقيع , فإنه يصبح من الممكن من خلال التفسير الواسع للنصوص قبول الكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني كدليل كتابي كامل . لذلك يعد محررا عرفيا (يتمتع بالتالي بذات القوة المقررة للإثبات لكل محرر عرفي) كل محرر أو وثيقة إلكترونية يتمتع بذات المواصفات التي يتمتع بها المحرر الكتابي التقليدي من حيث توفير الثقة في

أن التوقيع منسوب للموقع و أنه تم وضعه على الورقة المحررة إلكترونيا بما يحقق ارتباطا وثيقا بينهما و يدل على قبوله بما ورد فيها . (٧٩)

- و في تطور ملموس بدأ القضاء الفرنسي في قبول المحررات الإلكترونية كأدلة كتابية كاملة في الإثبات . و يظهر ذلك الاتجاه في العديد من أحكام القضاء الفرنسي و التي نذكر مثالا لها الحكم الصادر في الثاني من يناير عام ١٩٩٨ و الذي ورد في حيثياته أن :" المحررات ..... يمكن تدوينها و

(٧٩) MOUGENOT,droit des obligations ,la preuve,larcier ,Bruxelles,1997 ; D.SYX,"Vers de nouvelles formes de signature? Le probleme de la signature dans les rapports juridiques electroniques" ,Dr.inform.,1986\3,p.133-147; M.FONTAINE,"la preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles",in la preuve,colloque U.C.L.,1987 ; J.LARRIEU," les nouveaux moyens de preuve:pour ou contre l'identification des documents informatiques a' des ecrits sous seing prive",cahiers lamy droit de l'informatique,1988, H , p. 8 _ 19 et I , P. 26 _ 34 ; M.ANTOINE , J.F.BRAKELAND et M.ELOY, le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information et de la communication,cahiers du C.R.I.D.,n 7,Bruxelles,E.story-scientia,1991, P.38 et s. ; Y.POULLET ,"les transactions commerciales et industrielles par voie electronique.De quelques reflexions autour du droit de la preuve",in le droit des affaires en evolutions,le juriste face a'l'invasion informatique,colloqueABJE,2 oct.1996,Bruxelles,Bruylant,anvers,kluwer,1996,p.39et s.; E.DAVIO,"preuve et certification sur internet ",R.D.C.,1997,n 11,p.660 et s.; D.MOUGENOT,"droit de la preuve et technologies nouvelles:synthèse et perspectives",droit de la preuve-formation permanent CUP,volumeXIX,oct.1997,p.45 et s.; M.ANTOINE et D.GOBERT,"pistes de reflexion pour une legislation relative a' la signature digitale et au regime des autorités de certification",R.G.D.C.,juillet-oct.1998,n 4\5,p.285 et s..

حفظها على أي وسيط ... بما في ذلك الوسائط الإلكترونية ... طالما أن المحررات تبدو ظاهرة الصحة و مكتملة العناصر .. خصوصا في شأن انتسابها لأطرافها ... وطالما لم ينكرها المدعى عليه " . (٨٠)

- على انه و بالرغم من الموقف السابق للقضاء الفرنسي إلا أنه يتضح منـــه أن قبـــول المحـــرر الإلكتروني و تقدير مدى قوته في الإثبات يخضعان لسلطة القاضي التقديرية , و بالتالي فإن الشـــك لا يزال قائما أثناء تحرير الوثائق الإلكترونية حول قيمتها في الإثبات . (٨١)

كذلك فإن ترك تقدير قوة المحرر الإلكتروني في الإثبات لسلطة القاضي التقديرية - و في ضـــوء عدم وجود تحديد تشريعي للتقنيات التي يجب الاعتداد بها في اعتبار المحرر الإلكتروني مستوفيا لعناصره الأساسية من حيث التدوين الكتابي و التوقيع المستوفيان للشرائط السابق عرضها - يعـــني إمكـــان رفضه لهذا الدليل أو اقتصاره على اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة في أفضل الأحوال .

و ينجم عما تقدم بطبيعة الحال أن الثقة في المحررات الإلكترونية لا تزال غير قائمة , و تهديـــد المعاملات التي تتم عن طريق شبكة الإنترنت بالتالي .

---

(٨٠) Cass.civ.2janv.1998,D.1998,II,p. 192.,l'affaire DESCHAMPS contre Banque scalbertDUPONT; voir aussi : Cass. com. 2 dec. 1997, D. 1998, p. 192, note D.R. Martin; JCP. 1998, n° 21-22, note Paule CATALA et P.Y. GAUTIER; C.A.Montpellier,9avril1987,JCP.II,20984;cass.civ.8nov.1989,D. 1990,369 .

(٨١) D.GOBERT et E.MONTERO,la signature dans les contrats et les paiment electroniques , l'approche fonctionnelle, C.D.C., louvain la neuve,1999,p.142et s. .

المبحث الثاني

الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية في الحالات التي لا يجب فيها الإثبات بالكتابة

– في ضوء صعوبة الاعتراف بالمحررات الإلكترونية كأدلة كتابية كاملة تتساوى من حيث الحجية في الإثبات مع المحررات العرفية , فقد لجأ القضاء (مدعوما بالفقه) إلى قبول المحررات الإلكترونية في الإثبات في الحالات التي لا يجب فيها الإثبات بالكتابة .

لذلك فإن المحررات الإلكترونية تعد مقبولة في ظل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية و التصرفات التي لا تزيد قيمتها على مائة جنيه (المطلب الأول) , كذلك فإن هذه المحررات يمكن قبولها في الإثبات في الحالات التي أوردها المشرع استثناءا من مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في المعاملات التجارية و التصرفات التي لا تزيد قيمتها على مائة جنيه

(مبدأ حرية الإثبات)

– أخذ المشرع في كل من مصر و فرنسا بمبدأ حرية الإثبات في شأن المواد التجارية و في شأن التصرفات التي لا تزيد قيمتها على مبلغ معين . لذلك فقد ورد نص المادة ١/٦٠ من قانون الإثبات

المصري بأنه :" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على مائة جنيه أو كان غير محدد القيمة , فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " . (٨٢)

و بموجب مبدأ حرية الإثبات الذي تبناه المشرع في شأن المعاملات التجارية بصفة عامة و في شأن التصرفات التي لا تزيد قيمتها عن مائة جنيه بصفة خاصة , يتمكن المدعي من إثبات التصرفات القانونية بأي طريق من طرق الإثبات كشهادة الشهود و القرائن القضائية و الخبرة و المعاينة . (٨٣)

لذلك فإننا سنوضح فيما يلي أثر ذلك على إمكانية الاستعانة بالمحررات الإلكترونية في الإثبات .

الفرع الأول

قبول المحررات الإلكترونية و مدى حجيتها في إثبات المعاملات التجارية

- تبنى المشرع مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية مستجيبا بذلك لمقتضيات السرعة و الثقة في المعاملات التجارية و ما يستلزمانه من تبسيط إجراءات التعاقد في شأنها و بالتالي تيسير إثبات هذه التعاقدات . (٨٤)

---

(٨٢) يقابل نص المادة ١٠٩ من التقنين التجاري الفرنسي المعدلة بالقانون رقم ٥٢٥ الصادر في ١٢ يوليو ١٩٨٠ .

(٨٣) Cass.soc.23 mai 1962, Bull.civ. , IV , n 425 , p. 340 .

أ.د. يسن محمد يحي , القرائن القانونية و حجيتها في الإثبات , دراسة مقارنة , دار النهضة العربية , ١٩٩٠ , ف ١٥ , ص ٤١ و ما بعدها .

(٨٤) و مع ذلك فإن المشرع يستوجب الإثبات الكتابي في بعض المواد التجارية , كما هو الشأن بالنسبة للأوراق التجارية التي يتصور وجودها بدون تلك الكتابة . و من ذلك أيضا عقود الشركات , و عقود بيع السفن و إيجارها و التأمين عليها . أنظر في ذلك : نقض مدني مصري , ٨ ديسمبر ١٩٦٠ , مجموعة المكتب الفني , س١١ , ص٦٣٥ ؛ نقض مدني , ١١نوفمبر ١٩٦٩ , مجموعة المكتب الفني , س٢١ , ص١١٨٠ .

Cass.civ.17mai1892,D.P.1892,I,604 ;Req.24 nov.1903,D.P.1904,I,116 .

فإذا كان طرفا التصرف من التجار و كان التصرف متعلقا بالأعمال التجارية لكل منهما , فـإن مبدأ حرية الإثبات يحكم إثبات وجود التصرف و تحديد مضمونه بالنسبة لكـل مـن هذيـن الطرفين . (٨٥)

على أنه إذا كان التصرف صادرا من تاجر في غير الأعمال التي يقوم بها لصالح تجارته , فإن هـذا التصرف لا يعد تجاريا و لا يخضع بالتالي لمبدأ حرية الإثبات ؛ و إنما يخضع لمبدأ وجـوب الإثبـات بالكتابة إذا ما زادت قيمته على مائة جنيه مصري . (٨٦)

أما إذا كان التصرف مختلطا بأن كان أحد طرفيه تاجرا يقوم بالتصرف لمصلحة تجارته , و كـان الطرف الأخر يقدم على هذا التصرف لإشباع احتياجاته العادية و لغير أغراض التجارة ؛ فإن مبـدأ حرية التجارة يطبق على من كان هذا التصرف تجاريا بالنسبة له .

---

(٨٥) و يتم تحديد صفة التاجر و الطبيعة التجارية للتصرف وفقا لما وردت به نصوص قانون التجارة . و لقد جـاء نص المادة العاشرة من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكـرر في ١٧ /١٩٩٩/٥) بأنه : " يكون تاجرا : ١- كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه و لحسابه عمـلا تجاريـا ٢-كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات أيا كان الغرض الذي أنشـئت الشركة من أجله " . كذلك ورد نص المادة الرابعة من ذات القانون بأنه : " يعد عملا تجاريا أ- شراء المنقولات أيا كان نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها بذاتها أو بعد تهيئتها في صورة أخرى , و كذلك بيع أو تأجير هذه المنقولات . ب- استئجار المنقولات بقصد تأجيرها و كذلك تأجير هذه المنقولات . ج- تأسيس الشركات التجارية . " .

(٨٦) Cass.civ.,re,17mai1892precite.;cass.com.12oct.1962,Bull.civ.,II,n313;cass.com.16 dec.1980,Bull.civ.,I,n425,p.430 .

أ.د.سليمان مرقس,أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنينات سائر البـلاد العربية , ج٢, ١٩٨٦,ف٢٤٨ وما بعدها , ص ١٧ و ما بعدها ؛ أ.د. نزية المهدي , المرجع السابق , ص ٩٢ و ما بعدها . و لقد كان القانون التجاري الفرنسي و بموجب نص المادة ١٠٦ يحدد نطاق تطبيق مبدأ حرية الإثبـات بشأن عقود البيع فقط , و مع ذلك فقد استقر القضاء على تطبيق هذا المبدأ على جميع التصرفات التجارية . ولقـد تدخل المشرع الفرنسي بإصلاح عيب المادة السالفة بموجب القانون الصادر في ١٢ يوليو ١٩٨٠ .

Y.CHARTIER, la preuve commercial après la loi du 12 juillet 1980,in aspects du droit prive en fin du 20e siècle, études réunies en l'honneur de Michel DE JUGLART,Ed.LGDJ,1986,p.95 et s. .

- لذلك فإنه و في مجال التعاقد عن طريق الإنترنت و الذي يغلب على التصرفات المبرمة عن طريقه الطابع المختلط حيث يكون العميل (المشتري أو متلقي الخدمة) هو أحد أطراف هذا التصرف , ويكون التاجر المحترف الذي يعرض سلعة أو خدماته على العملاء هو الطرف الأخر ؛ فإن مبدأ حرية الإثبات يطبق لمصلحة العميل .(٨٧)

و هكذا فإن المشتري عن طريق الإنترنت يستطيع في الحالات السابقة إثبات التعاقد و مضمونه بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و القرائن و الخبرة و المعاينة . و يعني ذلك أيضا أن المشتري عبر الإنترنت يستطيع أن يتمسك بالمحرر الإلكتروني المسجل على الوسيط غير الورقي أو بالنسخة الورقية التي يتم طباعتها منه بالرغم من أن هذا المحرر أو صورته المستنسخة لا يرقيان إلى مرتبة الدليل الكتابي , بل و قد لا تتوفر فيهما مقومات مبدأ الثبوت بالكتابة . و في هذا الفرض يكون تمسك المشتري بالمحرر الإلكتروني أو النسخة المطبوعة منه في هذا الفرض الأخير بوصفها قرينة من القرائن التي تدل على وجود ذلك التصرف و تحدد مضمونه , و تخضع بذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع .(٨٨)

- على أنه و بالرغم مما يسمح به مبدأ حرية الإثبات من تمكين العميل (المشتري أو متلقي الخدمة) عبر الإنترنت من إثبات التصرف بكافة الطرق و تيسير التعامل عبر هذا الوسيط الجديد ؛ إلا أن ترك تقدير قيمة المحرر الإلكتروني لسلطة القاضي التقديرية لا يزال يهدد الثقة في التعامل عن

(٨٧) Cass.civ.,1re,21fev.1984,Bull.civ.,I,n66,p.55;Christiane FERAL-SCHUL,cyber droit le droit a'l'epreuve de l'internet ,Ed.Dalloz,1999,p.154 .

(٨٨) Jean DERRUPPE,obs.sur cass.com.21juillet 1988,RTD.com.1989,p.60 .

أ.د. محمود عبد الرحمن , دور القرائن في الإثبات , دراسة مقارنة , دار النهضة العربية , ١٩٨٩ , ص ٣٣ و ما بعدها .

طريق الإنترنت و يتعارض مع الأمان الذي حرصت التشريعات المعاصرة على توفيره للمستهلكين . (٨٩)

- لذلك و في إطار رغبة المشرع في توفير الحماية للمستهلك فقد تدخل المشرع الأوروبي بقلب عبء الإثبات و إلزام التاجر بإثبات قيامه بالتزامه بإعلام المشتري بكافة الشروط الخاصة و العامة المتعلقة بالتعاقد و بكافة البيانات و التحذيرات التي كان من شأنها تنوير إرادته قبل اتخاذه لقرار قبول التعاقد . (٩٠)

كذلك و في إطار ذات التوجه نحو نقل عبء الإثبات من على عاتق المشتري إلى عاتق التاجر فقد أصدر المجلس الوطني الفرنسي لحماية المستهلك توصية بشأن المحررات الإلكترونية تلزم التاجر إذا ما أراد دحض ادعاءات المشتري بموجب الوثيقة المستنسخة من المحرر الإلكتروني أن يحتفظ بطريقة آمنة بهذه المحررات الإلكترونية من خلال تقنية تدل على عدم التلاعب فيها منذ تاريخ التعاقد كما تلزمه بالاحتفاظ بها لمدد مساوية على الأقل لمدد تقادم الحقوق المقررة في القانون الفرنسي . (٩١)

---

(٨٩) C.A.paris 14e ch.B.,4dec.1998,in cahiers lamy, droit de l'informatique et des reseaux,n110, janvier 1999 .

(٩٠) الحيثية رقم ٢٢ من التوجيه الأوروبي رقم ٧/٩٧ الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧ .

(٩١) التوصية الصادرة من المجلس الوطني الفرنسي لحماية المستهلك في الرابع من ديسمبر عام ١٩٧٩ بشأن التجارة الإلكترونية . و يمكن الرجوع إلى نص هذه التوصية في موقع المجلس الوطني الفرنسي لحماية المستهلك على الإنترنت في العنوان التالي :

Http://www.finances . gouv.FR/règlementation /avis / conseil-consommation / avis info. Htm

هذا و قد ساهمت هذه التوصية في صياغة المشرع لنص المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٨٣/١٠٢٠ و الصادر في ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ بشأن السماح للتجار بتقديم دفاترهم التجارية على وسائط إلكترونية , بشرط الالتزام بالتقنيات التي تضمن سلامة هذه الدفاتر و تأكيد عدم حدوث تلاعب فيها .

و لذات الأسباب و من أجل توفير الثقة في التصرفات المبرمة عن طريق الإنترنت فقد ورد نص المادة التاسعة من نموذج قانون التجارة الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (CNUDCI) بأن الرسائل و الوثائق الإلكترونية تتمتع بذات الحجية التي تتمتع بها المحررات العرفية في الإثبات .[٩٢]

و يتضح مما تقدم عرضه أن عدم كفاية الحماية المقررة للمستهلك (المشتري أو متلقي الخدمة) من خلال نظام حرية الإثبات تدعو إلى التدخل التشريعي بهدف مساواة حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات مع حجية المحررات العرفية .[٩٣]

الفرع الثاني

قبول المحررات الإلكترونية في الإثبات في التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على مائة جنيه

- تبنى المشرع مبدأ حرية الإثبات أيضا في شأن المعاملات التي لا تزيد قيمتها عن مائة جنيه , و ذلك بالنظر إلى أن تطلب الإثبات في مثل هذه المعاملات محدودة القيمة - و التي تتعلق عادة بالوفاء بالحاجات اليومية للأشخاص - من شأنه أن يودي إلى تعقيدها .[٩٤]

---

(٩٢) Christian Feral SCHUL,cyber droit , le droit a' l'epreuve de l'internet , Dalloz,1999,p.139 .

و يمكن أيضا الرجوع إلى نص هذا القانون بالاطلاع عليه في موقع لجنة الأمم المتحدة سالفة الذكر على الإنترنت بالعنوان التالي :

Http://www.un.or.at/uncitral/ French/ texts / electcom / mL-ec.Htm

(٩٣) و هو ما نخصص له الفصل الثالث من هذه الدراسة .

(٩٤) أ.د. محمد شكري سرور , أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية , المرجع السابق , ص ١١٣ و ما بعدها

و في ضوء هذه المبررات فإن المشرع يعيد تقييم النصاب الذي يجوز فيه الإثبات بشهادة الشهود في ضوء تغير القوة الشرائية للنقود من ناحية , و في ضوء احتياجات الثقة و السرعة في المعاملات محدودة القيمة من ناحية أخرى .[٩٥]

- و يمكننا أن نلاحظ بداءة أن هذا النص يحدث قدرا من التوازن في العلاقات بين التجار و بين المشترين . ففي شأن التصرفات القانونية محدودة القيمة , فإن للتاجر و وفقا لمبدأ حرية التجارة أن يثبت وجود التعاقد و مضمونه بكافة الطرق .[٩٦]

و حيث أن نسبة غالبة من المعاملات التي تتم عن طريق الإنترنت تتعلق بشراء سلع محدودة القيمة كأجهزة الاستعمال المنزلي و قطع غيار الأجهزة أو بخدمات ذات قيمة محدودة مثل قيمة الاشتراك في شبكة الإنترنت ذاته و الذي لا تتجاوز قيمته مائة جنيه شهريا ؛ لذلك فإن مبدأ حرية الإثبات من شأنه تيسير التعامل عن طريق الإنترنت إلى حد كبير .[٩٧]

- و مع ذلك فنحن نتحفظ على استخدام مبدأ حرية الإثبات في شأن التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن مبلغ معين من جانبين :

---

[٩٥] رفع المشرع النصاب الجائز إثباته بشهادة الشهود و إلى مائة جنيه مصري بموجب المادة ١/٦ من القانون الحالي بدلا من عشرون جنيها في النص القديم و الذي كان قد حل محل المادة ٤٠٠ الملغاة من القانون المدني و التي كان يتحدد فيها هذا النصاب بعشرة جنيهات فقط .

أما في القانون الفرنسي فقد حدد المشرع قيمة هذا النصاب بمبلغ خمسة آلاف فرنك , و هو ما يعادل حوالي ثلاثة آلاف جنيه مصري على أساس سعر الصرف الحالي .

Decret n 80-533 du 15 juillet 1981, code civ. français .

[٩٦] أ.د. سمير تناغو , المرجع السابق , ف ٤٧ و ما بعدها , ص ١١٢ و ما بعدها .

[٩٧] A.BENSOUSSAN,internet, aspects juiridiques,Hermes, 1998, p.123 et s. .

- فمن جانب أول فإن الاعتماد على المحرر الإلكتروني بوصفه إحدى وسائل الإثبات المقبولة في ظل مبدأ الإثبات الحر يعني (و كما سبق و أوضحنا) بأنه يخضع في شأن قبوله و تقدير قيمته للسلطة التقديرية للقاضي . و قد أوضحنا فيما سبق أنه و بالرغم من التمكن عن هذا السبيل من تخطي العقبات العملية أمام الاعتداد بالمحررات الإلكترونية كأدلة كتابية كاملة ؛ إلا أنه لا يحقق الاستقرار المنشود في المعاملات التي تتم عن طريق الإنترنت . لذلك فإن الوضع الأمثل هو التدخل التشريعي بتنظيم حجية المحررات الإلكترونية .[٩٨]

- و من جانب ثاني , فإن تحديد قيمة النصاب الذي لا يستلزم فيه المشرع الإثبات عن طريق الكتابة بمائة جنيه فقط ليس من شأنه تشجيع المعاملات التجارية , خصوصا ما يتم منها عن طريق الإنترنت . فإذا كانت صعوبة الحصول على دليل كتابي كامل في شأن التعاقدات التي تتم عن طريق الإنترنت تعرقل استخدام هذه الوسيلة الحديثة للتعاقد , فإن على المشرع أن يرفع قيمة هذا النصاب بالقدر الذي يتيح إثبات العقود التي تتم على السلع المنزلية (محدودة القيمة) و في حدود القيمة المعتادة لهذه السلع .[٩٩]

لذلك فنحن نقترح في ضوء المعطيات الحالية للاقتصاد المصري أن يرفع المشرع قيمة هذا النصاب إلى ألف جنيه مصري .

---

(٩٨) على نحو ما سنعرض له في الفصل الثاني من هذا البحث . أنظر أيضا :

Lionel BOCHURBERG, op. Cit. , p.124 .

(٩٩) LORENTZ.commerce electronique, une nouvelle donne pour les consommateurs , les entreprises,les citoyens et les pouvoirs publics,rapport, publie janvier 1998 et son addendum en mars 1998 .

و يمكن الرجوع إلى هذا التقرير على الموقع التالي في الإنترنت :

Http://www.finances.gouv.FR.

و قد اقترح الأستاذ لورنز و لذات الأسباب التي قدمناها رفع قيمة نصاب الإثبات الحر إلى مبلغ يتراوح بين عشرة آلاف و خمسون ألف فرنك فرنسي .

و مما لا شك فيه أن إعادة النظر في قيمة هذا النصاب تتفق مع سياسة المشرع ذاتها في تعديل قيمته في ضوء المتغيرات الاقتصادية و التي من بينها تغير قيمة النقود و تغير القدرة الاقتصادية لأفراد المجتمع , بل و الرغبة في إحداث رواج اقتصادي .

- و يدعونا ما تقدم أيضا إلى دعوة المشرع المصري إلى أن يحتذي حذو المشرع الفرنسي في تخويل سلطة إعادة النظر في قيمة النصاب الذي يجوز الإثبات فيه بشهادة الشهود إلى وزير التجارة بما يسهل من إجراء التعديل على قيمة النصاب كلما استدعت الظروف ذلك . (١٠٠)

المبحث الثالث

الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية في ظل الاستثناءات الواردة على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة

- رأينا فيما سبق أن المشرع قد تبنى مبدأ حرية الإثبات (و بالإضافة إلى إثبات الوقائع المادية) في المواد التجارية و التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مبلغ معين . و في المقابل فإن كافة التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن مائة جنيه مصري تخضع لمبدأ وجوب الإثبات بالكتابة .

و مع ذلك فإن المشرع قد عاد إلى مبدأ حرية الإثبات حتى في شأن التصرفات التي تزيد قيمتها على مائة جنيه (أو فيما يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة) بصدد بعض الحالات الاستثنائية التي أوردها المشرع على سبيل الحصر . و ترجع هذه الاستثناءات إلى الحالات الآتية :

١- وجود دليل كتابي غير كامل من شأنه أن يجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال (مبدأ

---

(١٠٠) Lionel BOCHURBERG,internet commerce electronique , op. Cit., n 944, p.124

الثبوت بالكتابة) . ٢- الحالات التي يستحيل فيها الحصول على دليل كتابي كامل بسبب وجود مانع مادي أو أدبي . ٣-حالات فقد السند الكتابي .

- و سوف نعرض فيما يلي لأثر هذه الاستثناءات على إمكانية الإثبات بالمحررات الإلكترونية التي لا ترقى إلى مرتبة الدليل الكتابي الكامل .

المطلب الأول

الاستناد إلى المحررات الإلكترونية باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة

- ورد نص المادة ٦٢ من قانون الإثبات المصري بأنه :" يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . و كل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة . " .[١٠١]

و يتضح من هذا النص أنه و حتى يوجد مبدأ ثبوت بالكتابة فلا بد أولا من وجود كتابة , و لا بد ثانيا من أن تصدر هذه الكتابة من الخصم , ثم أن يكون من شأن هذه الكتابة أن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال .[١٠٢]

- و لقد تلقف الفقه هذا النص من أجل اعتبار المحررات الإلكترونية (و التي لا يمكن القبول بها كدليل كتابي كامل) مبدأ ثبوت بالكتابة . و يترتب على ذلك إمكان الاعتداد بهذه المحررات في

---

[١٠١] يقابل نص المادة ١٣٤٧ من التقنين المدني الفرنسي . , انظر أ.د. شكري سرور , السابق , ف ١٢٠ و ما بعدها , ص ١٣٩ و ما بعدها .

[١٠٢] أ.د. سليمان مرقس , طرق الإثبات , معهد الدراسات العربية , ج٤ , ص١٤٠ ؛ أ.د. عبد المنعم الصدة , الإثبات في المواد المدنية , ١٩٥٤ , ف٢١١ , ص٢٦٨ و ما بعدها ؛ نقض مدني مصري , ١٦يونيو ١٩٦٦ , مجموعة المكتب الفني , س١٧ , ص١٤٠٩ .

إثبات التعاقد الذي يتم عن طريق الإنترنت من خلال استكمال هذا الدليل بشهادة الشهود أو بأي من أدلة الإثبات الأخرى التي تدعم الإدعاء بالتعاقد . (١٠٣)

- و نحن من جانبنا نعتقد بعدم جواز القبول بهذا الرأي على إطلاقه . فحيث ورد نص المادة ٦٢ من قانون الإثبات بوجوب وجود كتابة و أن تكون هذه الكتابة صادرة عن الخصم ؛ فإننا نعتقد بأن تخلف صفة الكتابة عن المحرر الإلكتروني بما يحول دون اعتبارها دليلا كتابيا كاملا يؤدي في ذات الوقت إلى عدم إمكان اعتبارها من قبيل الكتابة التي تصلح لأن تكون مبدءا للثبوت بالكتابة أو إمكان نسبة صدورها إلى الخصم بأي شكل من الأشكال . (١٠٤)

و بالرغم من ذلك فإن بعض الفقه قد ذهب إلى الرد على ما تقدم بالقول بأن المحررات الإلكترونية و إن لم تكن صادرة من الخصم بالمعنى الضيق فإن وجود المحرر الإلكتروني على الوسيط الإلكتروني أو استخراج صورة مكتوبة منه على الآلة الطابعة يعد قرينة قوية على صدور الكتابة من المدعى عليه مما يسمح باعتبار هذه المحررات مبدأ ثبوت بالكتابة . (١٠٥)

(١٠٣) M.ANTOINE et D.GOBERT,"pistes de reflexion pour une legislation relative à la signature digitale et au regime des autorités de certification",R.G.D.C.,juillet-oct.1998,n 4\5,p.290 et s. ; Martine BOIZARD, note sous C.A. montpellier, 1re ch., 9 av.1987,JCP.,II,1988,20984; Michel VIVANT et LE STANC , droit de l'informatique,lamy,op.cit.,2095ets..

(١٠٤) A.LUCAS, droit de l'informatique, themis, 1987, n319 et s., p.376 et s. .

(١٠٥) JeromeHUET et Herbert MAISL,droit de l'informatique et de telecommunications, etat des questions, textes et jurisprudence, étude communautaire, litec, 1989 , n594 et s., P.665 et s.

و مع ذلك فنحن نعتقد – في ضوء ما قدمنا – أن المشكلة التي تواجه المحررات الإلكترونية هي إمكان الاعتداد بها كمحررات كتابية من حيث الأساس . فإذا أمكن تخطي هذه العقبة بتوفير العناصر التي تكفل الثقة في هذا النوع من المحررات من خلال استخدام التقنيات الكفيلة بتأمين المحرر من التعديل و التغيير , فإنه يصبح من الممكن أيضا توقيعها بذات الطريقة و بالتالي إعداد محرر كتابي يصلح أن يكون دليلا كتابيا كاملا .أما إذا لم يمكن توفير أي من عناصر الدليل الكتابي في المحرر الإلكتروني فإن ذلك يؤدي إلى نفي وصف الكتابة المعتد بها في الإثبات عنه , و بالتالي عدم إمكان الاستناد إليه كمبدأ ثبوت بالكتابة بالنظر إلى عدم إمكان نسبة هذا المحرر إلى الخصم . (١٠٦)

– أخيرا و حتى إذا قبلنا بما يذهب إليه بعض الفقه من إمكان اعتبار المحرر الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة , فإن ذلك يعني القبول بوضع الكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني في مرتبة أقل من الكتابة التقليدية و السماح للقاضي بتقدير قيمتها كدليل في الإثبات , و هو ما يتعارض مع مقتضيات التطور و سرعة انتشار التعامل عبر الوسائط الإلكترونية . (١٠٧)

المطلب الثاني

قبول المحرر الإلكتروني في الإثبات عند استحالة الحصول على محرر مكتوب بسبب وجود مانع مادي أو أدبي

– ورد نص المادة ٦٣/أ من قانون الإثبات المصري بأنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود و فيما كان يجب إثباته بالكتابة :

(١٠٦) Philippe GAUDART,droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information , societe sans papier , p. 180 et s. .

(١٠٧) Y.COOL,signature electronique et signature manuscrite , soeurs enemies ou soeurs jumelles? , cahiers du C.R.I.D., Bruxelles, Bruyllant , 1999, n 16 .

" أ- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي كامل .... " . [(١٠٨)]

و المقصود بالاستحالة المادية وفقا لما ورد به نص المادة ٦٣ من قانون الإثبات هي الاستحالة المانعة من الحصول على المحرر المكتوب بسبب ظروف استثنائية أو حوادث مفاجئة كالحريق أو الفيضان . و من ذلك على سبيل المثال الوديعة الاضطرارية التي تتم في ظروف يخشى فيها الشخص خطر داهم على الشيء دون أن يكون لديه الوقت الكافي أو الوسيلة للحصول على محرر مكتوب من المودع لديه . [(١٠٩)] أما الاستحالة المعنوية فهي تقتضي وجود مانع أدبي كصلة القرابة أو البنوة أو الأخوة أو الصداقة و بشرط أن يكون من شأن هذه الصلة إيجاد حرج أدبي يمنع الشخص من طلب توثيق التصرف القانوني كتابة .

و قد قضت محكمة النقض المصرية بأن : " صلة القرابة أو المصاهرة مهما كانت درجتها لا تعتبر في ذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند كتابي , بل المرجع في ذلك إلى ظروف كل حالة على حدة بما تقدره محكمة الموضوع بغير معقب عليها متى كان هذا التقدير قائما على أسباب سائغة " . [(١١٠)]

كذلك فقد ورد في حكم آخر لذات المحكمة أن : " تقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي في الأحوال التي يتطلب فيها القانون هذا الدليل هو من الأمور التي يتصل بها قاضي الموضوع " . [(١١١)]

[(١٠٨)] يقابل نص المادة ١٣٤٨/١ من التقنين المدني الفرنسي .

[(١٠٩)] أ.د. عبد الودود يحيى , الموجز في قانون الإثبات , ١٩٨٧ , ص١٢٥ و ما بعدها ؛ أ.د. سليمان مرقس , السابق , ج ٢ , ف ٣٦٤ و ما بعدها , ص ٤٠٠ و ما بعدها ؛ أ.د. سمير تناغو , المرجع السابق , ص ١١٦ .

[(١١٠)] نقض مدني , ٢١ ديسمبر ١٩٧٦ , مجموعة المكتب الفني , س٢٧ , ص١٨٠١ .

[(١١١)] نقض مدني مصري , ٢ مارس ١٩٧٦ , س٢٧ , ص١٥٣٣ .

- و في ضوء الاستثناء الذي ورد به النص السابق فقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن عدم إمكان توفير الشروط و العناصر اللازمة لإنشاء دليل كتابي كامل بسبب الطبيعة المادية للوسائط الإلكترونية يعني قيام الاستحالة المادية المانعة من الحصول على الدليل الكتابي . و انطلاقا من هذه الاستحالة فإن للمدعي وفقا لما وردت به نصوص قانون الإثبات أن يثبت التعاقد بكافة الطرق , و من بينها بطبيعة الحال القرينة المستمدة من وجود المحرر الإلكتروني على الوسائط الممغنطة أو النسخة المطبوعة فيها بواسطة آلة الطباعة .(١١٢)

- و بالرغم مما ذهب إليه الرأي السابق , فإننا لا نعتقد بأن صعوبة توفير الشرائط اللازمة لإعداد الدليل الكتابي الكامل أثناء التعاقد عن طريق الإنترنت تعد من قبيل الموانع التي ورد بها نص المادة ٦٣/أ سالفة الذكر .

فمن ناحية أولى فإن صعوبة إنشاء الدليل الكامل أثناء التعاقد من خلال الوسائط الإلكترونية لا ترقى إلى درجة الاستحالة , بدليل ما سبق و قدمناه من وجود إمكانية لإنشاء الدليل الكتابي الكامل الموثوق في صحته و ارتباطه بتوقيع إلكتروني تتوفر به كافة الشروط القانونية المتطلبة في التوقيع على الوجه المعتاد .(١١٣)

و من ناحية ثانية , و حتى بافتراض استحالة إنشاء دليل كتابي كامل من خلال الوسائط الإلكترونية , فإن هذه الاستحالة ليست من قبيل الموانع المادية الملجئة إلى التعاقد بدون كتابة . فمما لا شك فيه أن التعاقد عن طريق الإنترنت ليس الطريق الوحيد للتعاقد , و إنما يختاره أطراف العقد

---

(١١٢) C.FERAL-SCHUL, cyber droit , 1999 op. Cit. , p.154 et s. ; B.AMORY et Yves POULLET , le droit de la preuve face a' l'informatique et a' la telematique , p.345 et s. ; M.VIVAN et LE STANC, droit de l'informatique , lamy , op. Cit. , n 2096 et s. , p. 1274 et s. .

(١١٣) M.BOIZARD, note in JCP. , 1989 , II, 20984 .

بمحض إرادتهم بسبب سهولة و سرعة الاتصال التي تيسر إبرام العقـود عـن طـريـق هـذه الوسائـط .[114]

و بسبب الانتقادات السابقة فقد ذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول بأن استحالة الحصـول على الدليل الكتابي الكامل أثناء التعاقد عن طريق الإنترنت ليست استحالة مادية و لكنها اسـتحالة معنوية تتمثل فيما يقتضيه عرف التعامل الجاري العمل به على شبكة الإنترنت .[115]

- و مما لا شك فيه أن هذا الرأي يفتقر إلى سلامة الحجة و لا يرتكز على أساس قانوني سليم .

فمن المعروف أن المانع الأدبي يرجع إلى اعتبارات و ظروف نفسية تقوم في الوقـت يتـم فيـه التصرف و تمنع الشخص من الحصول على الدليل الكتابي .لذلك فإن تطبيقات المانع الأدبي في مجـال التجارة تتعلق بالظروف النفسية التي تحول بين الشخص و بين طلب تحرير العقد كتابة مـع العميـل بسبب العلاقة الخاصة أو استمرارية التعامل بين التاجر و العميل لمدة طويلة .[116]

---

(114) J.HUET et MAISL, droit de l'informatique , op. Cit. , n 594 et s. , p. 664 et s. .

(115) Françoise CHAMOUX, la loi du 12 juillet 1980 , une ouverture sur les nouveaux moyens de preuve , JCP. , 1981, II, 13491 , n 20 et s. .

هذا و يرجع الأستاذ جاكار إلى أن الرجوع إلى عرف التعامل يقتضي أولا نشأة ذلك العرف و أن يكـون ذلـك العرف قائما بشأن طائفة أو مجموعة معينة من الأشخاص . و مما لا شك فيه أن مثل هذا العرف لم ينشأ بعد إلا في العلاقات فيما بين التجار ؛ أما في علاقة الشخص العادي و المستهلك طالب الخدمة (و مشتري السلعة) و بـين التاجر المحترف فلا يمكن القول بأن هذا العرف قد نشأ و أنه أصبح مقبولا بمقتضاه التعاقد بدون الحاجة إلى التعامل في شكل كتابي .

Michel JACCARD, la conclusion des contrats par ordinateur, these , lausanne, 1996 , p. 272 .

(116) Martine BOIZARD, note sous C.A. Montpellier , 1re ch. 9 avril 1989 , JCP. , II , 20984 .

و حيث أن هذه الظروف النفسية لا تقوم في العلاقة بين المشتري (أو متلقي الخدمـــة) و بـين التاجر في التصرفات المبرمة على شبكة الإنترنت , و ذلك بالنظر إلى أن التعامل على هـــذه الشـبكة عدم وجود أي اتصال شخصي أو لقاء مادي مباشر بين أطراف التعاقد, لذلك فلا يمكـــن تصـور وجود أي حرج أدبي أو علاقة شخصية تحول دون تحرير السند الكتابي . (١١٧)

و حتى إذا ما أمكن اعتبار السنن التجارية و العرف و التقاليد من قبيل الموانع الأدبية , فإن ذلـك يجب تقديره بصدد كل حالة على حدة و لا يجب تعميمه في المعـــاملات التجاريـة , و إلا انقلـب الاستثناء إلى القاعدة .

- و هكذا يتضح مما تقدم عرضه أن اللجوء إلى الاستثناءات الواردة على مبدأ الإثبات الكتـابي و التسلل منه على النحو السالف بيانه , يؤدي إلى إهدار المبدأ الأصيل " مبدأ الإثبـــات بالكتابـة " و تعميم الاستثناءات لتحل محل هذا المبدأ في جميع المعاملات و التعاقدات التي تتم عبر شبكة الإنـترنت , و هو ما لا يمكن القبول به بطبيعة الحال .

و يؤكد وجهة نظرنا هذه ما ورد في تقرير مجلس الدولة الفرنسي بشأن " الإنترنت و الشـبكات الرقمية " و الصادر في ٢ يوليو ١٩٩٨ ؛ إذ جاء في هذا التقرير أن : " اللجوء إلى نظام الاســتثناءات على مبدأ الإثبات بالدليل الكتابي ليس مقبولا لأنه ينظر إلى الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونيـة من منظور قاصر و غير حقيقي . فسواء كان التوجه إلى الاستناد إلى مبدأ الثبـوت الكتـابي أو إلى الاستحالة المادية للحصول على محرر مدون بالطريقة التقليدية فإن ذلك ليس إلا متهربا من مواجهـة الواقع الذي أصبح مفروضا في وقتنا الحالي , أي واقع التعامل بالمحررات الإلكترونية " . و لقد انتـهى مجلس الدولة الفرنسي في هذا التقرير إلى أنه " لا يوجد في أي من محاولات اللجوء إلى الاسـتثناءات

---

(١١٧) GAUDRAT, droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information, op.cit., p. 180 et s. .

السابقة ما يمكن أن يصلح للاعتراف بالمحررات الإلكترونية كدليل في الإثبات أو في تحديد قوة هـــذا الدليل " . [118]

المطلب الثالث

قبول المحرر الإلكتروني في الإثبات في حالة فقد الدليل الكتابي

- ورد نص المادة ٦٣/ب من قانون الإثبات المصري بأنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة : " إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه " . [119]

- و قد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى إمكان الاستناد إلى الاستثناء الخاص بفقد السند للاستعانة بالمحررات المطبوعة استنساخا من الوسائط الإلكترونية على الآلة الطابعـــة في إثبـــات التـــصرفات القانونية .

و يسوق أصحاب هذا الرأي لدعم هذا السبيل الاستثنائي أنه في الحالات التي يكون فيها الوسيط الإلكتروني محصنا ضد التعديل أو التغيير أو في الحالات التي تختفي فيها المعلومات من على الوســـائط بسبب عدم قدرة الوسيط على الاحتفاظ بالمعلومات لمدد طويلة أو بسبب حوادث استثنائية , فإنــــه يمكن القول بأن السند الكتابي قد فقد بسبب لا يد للدائن فيه ؛ و بالتالي يجب تمكينه مــــن إثبـــات وجود العقد و مضمونه بكافة الطرق و من بينها القرينة المستفادة من النسخ المطبوعة علــــى الآلـــة الطابعة من هذه الوسائط . [120]

---

(١١٨) هذا و يمكن الاطلاع على هذا التقرير على شبكة الإنترنت في الموقع التالي :

Http:// www. Internet . gouv. FR/ francais/ textes ref / rapce 98 / acueil . Htm

(١١٩) يقابل نص المادة ١٣٤٨ من التقنين المدني الفرنسي ؛ انظر أ.د. شكري سرور , السابق , ف ١٣٣ و مـــا بعدها ص ١٥٢ و ما بعدها .

(١٢٠) Christianne Feral SCHUL, op. Cit. , p. 155 et s. ;

- و نحن من جانبنا نعتقد بعدم إمكان اللجوء إلى هذا الاستثناء للتغلب على المشكلات المتعلقة بعدم استكمال المحرر الإلكتروني للعناصر اللازمة لإنشاء الدليل الكتابي الكامل .

فكما يبين من النصوص التشريعية , ذاتها فإن قيام هذا الاستثناء يستلزم أولا سبق وجود سند كتابي و يستلزم ثانيا أن يكون هذا السند الكتابي قد فقد بسبب أجنبي لا يد للمدعي فيه . (١٢١)

و يقصد بشرط سبق وجود السند الكتابي أنه يجب على من يدعي أنه قد سبق له الحصول على سند كتابي أن يقيم الدليل على أن هذا السند قد وجد فعلا و أنه كان مستوفيا لكافة الشروط القانونية التي تجعل منه دليلا كتابيا كاملا .

لذلك فإنه و في الحالات التي لا يمكن اعتبار المحرر الإلكتروني فيها دليلا كتابيا كاملا لافتقاره إلى العناصر و الشروط اللازمة لذلك , فإنه لا يمكن التمسك بهذا الاستثناء .

و لا يجدي في هذه الحالة ما ساقه أصحاب الرأي السابق من أن اختفاء البيانات كليا بسبب حادث معين أو جزئيا بسبب التعديل يعد راجعا لسبب أجنبي لا يد للمدعي فيه ؛ ذلك أن هذه الحجة تتعلق بالشرط الثاني من الشروط الخاصة بهذا الاستثناء و هو ما لا يجدي في الاستفادة من هذا الاستثناء الذي لا يقوم إلا باستيفاء الشرط الأول أيضا , و هو الشرط الخاص بسبق وجود دليل كتابي كامل .

قارب أ.د. محمد حسام لطفي , استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود و إبرامها , القاهرة ١٩٩٣ , ص٢٢ .

(١٢١) أ.د. توفيق فرج , قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية , المرجع السابق , ف٦٩ , ص١١٧ و ما بعدها ؛ أ.د. عبد الودود يحيى , الموجز في النظرية العامة للالتزامات , المصادر - الأحكام - الإثبات , المرجع السابق , ف٤٥٣ , ص٩١٩ و ما بعدها .

المبحث الرابع

الاتفاقات الخاصة بالإثبات

- رأينا فيما سبق أن قبول المحررات الإلكترونية و مدى حجيتها في الإثبات لا يزال موضع شك , و هو ما يهدد بعرقلة التعاقد عن طريق الإنترنت . لذلك فإن الكثير من البنوك الشركات التي تقوم على تسويق الخدمات أو بيع السلع عن طريق الإنترنت تلجأ إلى إبرام اتفاقات خاصة مع العملاء تنظم فيها حجية إثبات المحررات الإلكترونية مما يسمح بتلافي المشكلات الناجمة عن عدم قبول المحررات الإلكترونية كدليل كتابي كامل .(١٢٢)

و يقتضي ذلك الإجابة على التساؤل الخاص بمدى صحة الاتفاقات المبرمة بالمخالفة لقواعد الإثبات بوجه عام (المطلب الأول) ثم تحديد مدى صحة هذه الاتفاقات في مجال التعاقدات التي تتم عن طريق الإنترنت بوجه خاص (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

مدى صحة الاتفاقات المخالفة للقواعد الموضوعية في الإثبات بوجه عام

- تنقسم قواعد الإثبات إلى قسمين رئيسين , أولهما هو القواعد الإجرائية و التي تتعلق بإجراءات التقاضي , و الثاني يتعلق بالقواعد الموضوعية المنظمة لمحل الإثبات و عبئه و طرائقه .

---

(١٢٢) Xavier LINANT DE BELLE FONDS et Alain MADELIN , informatique et droit de la preuve , travaux de l'association française de droit de l'informatique (AFDI) Ed. des parques , 1987 , p.50 et s. .

- و مما لا شك فيه أن القواعد الإجرائية في الإثبات تتعلق بالنظام العام و بالتالي فلا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها . (١٢٣)

- أما القواعد الموضوعية في الإثبات فإن جمهور الفقهاء في مصر و فرنسا قد ذهب إلى عدم تعلقها بالنظام العام , و بالتالي إلى جواز الاتفاق على مخالفة أحكامها , سواء كان ذلك بشأن محل الإثبات أو بشأن عبئه و طرائقه . (١٢٤)

كذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية في الكثير من أحكامها بأن القواعد التي تبين على أي خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام " لذا يجوز الاتفاق على مخالفتها " . (١٢٥)

كما و قد قضت ذات المحكمة أيضا بجواز اتفاق الخصوم صراحة أو ضمنا على جواز الإثبات بشهادة الشهود فيما يجب فيه الإثبات بالكتابة . (١٢٦)

---

(١٢٣) أ.د. جلال العدوي , مبادئ الإثبات , ف٢٥ و ما بعدها , ص٣١ و ما بعدها .

(١٢٤) أ.د. سليمان مرقس , الوافي في القانون المدني , أصول الإثبات و إجراءاته , ج٢ , ص٤٤٥ و ما بعدها ؛ أ.د. توفيق فرج , المرجع السابق , ص٤٤ و ما بعدها ؛ أ.د. السنهوري , الوسيط , ج٢ , ص٣٦٧ و ما بعدها ؛ أ.د. محمد زهرة , المرجع السابق , ص٤٣ و ما بعدها .

Xavier Linant DE BELLE FONDS et Alain HOLLANDE , droit de l'informatique , Ed. Delmas et cie , 1984 , p. 124 et s. ; BOIZARD , op.loc. cit. ; J.-L. et H. MAZEAUD par CHABAS , lecons de droit civile , T.I. , vol. I , 7e ed . , n 373 , p. 436 .

(١٢٥) نقض مدني ١٠ ديسمبر ١٩٨١ ,طعن ٨٨٩ ,س ٤٣؛ نقض مدني١٩ نوفمبر,طعن ٥٢٩ ,س ٣ ق؛ نقض مدني ١٧ ديسمبر ١٩٨١ ,طعن ٢٢٦ ,س ٤٩ ق؛ نقض مدني ٧ فبراير ١٩٨١ ,طعن ١٠٠٥ , س ٤٥ ق؛ نقض مدني ٩ ديسمبر ١٩٨٠ ,طعن ١٩٠٢ , س ٤٩ ق ؛نقض مدني ٢٤ أبريل ١٩٨٠ , مجموعة المكتب الفني , س٣١ , رقم ٢٣١ , ص ١٢٠١ ؛ نقض مدني ١٩ ديسمبر ١٩٧٩ , المجموعة السابقة , س ٣٠ , رقم ٣٩٨ , ص٣٢٤ ؛ نقض مدني ٢٥ فبراير ١٩٧١ , مجموعة المكتب الفني , س٢٢ , رقم ٣٦ , ص ٢١٧ ؛نقض مدني ٢٨ ديسمبر ١٩٧٥ ,طعن ١٥٧ ,س ٤٠ ق؛ نقض مدني مصري ٢ يونيو ١٩٥٥ , طعن رقم ٧٩ , س ٢٢ ق , مجموعة أحكام النقض في ٢٥ سنة , قاعدة ٤٤٤ ؛ نقض مدني ٢٦ نوفمبر ١٩٥٣ , المجموعة السابقة , س٨٧ , قاعدة ٤٣٧ .

- أما القضاء الفرنسي و بعد أن كان رافضا لهذه الاتفاقات في بادئ الأمر [١٢٧] فإنه قد استقر و منذ وقت طويل على عدم تعلق قواعد الإثبات الموضوعية بالنظام العام , و بالتالي على جواز الاتفاق صراحة أو ضمنا على مخالفة أحكامها . [١٢٨]

- و بالرغم مما قد أثاره بعض الفقه من عدم صحة مثل هذه الاتفاقات بالنظر إلى أن إدارة الإثبات أمر يتعلق بالنظام العام و لا يجب ترك تنظيمه للأفراد [١٢٩] ؛ إلا أن ما ورد به صريح نص المادة ١/٦٠ من قانون الإثبات المصري (ويقابله نص المادة ١٣٤١ من التقنين المدني الفرنسي) يعد حاسما في هذا الصدد , و من شأنه أن ينهي الخلاف حول مدى صحة مثل هذه الاتفاقات . فلقد ورد نص هذه المادة بأنه : " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على مائة جنيه , أو كان غير محدد القيمة , فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه , ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " . [١٣٠]

---

(١٢٦) نقض مدني ٢٦ يناير ١٩٨١ ,طعن ١٢٨, س ٤٨ ق؛ نقض مدني ١٦ فبراير ١٩٧٨ , طعن ١٩٧, س ٤٤ ق , مجموعة المكتب الفني , س٢٩ , ص٢١٩٧ ؛ نقض مدني ٢٤ أبريل ١٩٧٣ , مجموعة المكتب الفني , س٢٤ , ص٦٦٧ ؛ نقض مدني ٢٩ نوفمبر ١٩٦٦ , مجموعة المكتب الفني , س١٧ , ص١٧٣٥ ؛ نقض مدني ٣٠ ديسمبر ١٩٦٥ , مجموعة المكتب الفني , س١٦ , ص١٣٨٤ ؛ نقض مدني ١٩ فبراير ١٩٦٣ , مجموعة المكتب الفني , س١٤ , ص١١٧٣؛ نقض مدني ١٥ نوفمبر ١٩٦٢ , مجموعة المكتب الفني , س١٢ , ص١٠٣١ ؛ نقض مدني مصري ١٠ فبراير ١٩٥٥, مجموعة أحكام النقض في ٢٥ سنة , طعن رقم ١٢٤ , س٢٣ , قاعدة ٤٤٢ .

(١٢٧) Cass. civ. 23 janv. 1929 , G.P., 1929 , 1 , P. 329 .

(١٢٨) Cass. civ. 6 janv. 1936 , D.H. , 1936 , P. 115 et s.; civ.2e , 6 mars 1958 , JCP., 1958 , II , 10902 ; Civ. soc. , 24 mars 1965 , JCP. , 1965 , II, 14415 ; cass. soc.18 juillet 1967 , D. 1988 , somm. , p. 10 ; civ. , 3e , 9 oct. 1974 , Bull. Civ. , II, n353 , p. 269 ; civ. 21 dec.1976 , D. 1977 , IR , 151 .

(١٢٩) LEGEAIS , les regles de la preuve en droit civile , these poitiers , 1954 , p. 134 et s. .

(١٣٠) أ.د. سليمان مرقس , المرجع السابق , ج١, ف ٣١, ص ١٠٥ و ما بعدها ؛ أ.د. سمير تناغو , المرجع السابق , ف ٤ , ص ١٠ و ما بعدها .

و حيث أوضحت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون بشأن نص هذه المادة أن المشروع قد أجاز هذا الاتفاق بدلا من رفع نصاب البينة , فإن ذلك يقطع كل شك حول المقصود بهذا النص و يؤدي إلى رفض ما ذهب إليه بعض الفقه من محاولة تفسيره على أنه يقتصر على حالة التنازل عن قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة أثناء سير الخصومة فقط . (١٣١)

المطلب الثاني

الاتفاقات المتعلقة بالإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية

- في ضوء ما تقدم بيانه من مشكلات الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية و صعوبة الاعتداد بها كدليل كتابي كامل ؛ فإن التجار و مقدمو الخدمات عن طريق الإنترنت يلجئون إلى الاتفاقات المعدلة للقواعد المنظمة للإثبات . (١٣٢)

- هذا و تهدف الاتفاقات المبرمة في مجال إثبات التصرفات المبرمة عن طريق الإنترنت إلى تنحية مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة (الإثبات المقيد) و إحلال مبدأ الإثبات الحر محله بما يسمح بإثبات وجود الاتفاق و مضمونه بكافة الطرق كشهادة الشهود و القرائن و الخبرة . (١٣٣)

---

(١٣١) ذهب رأي ضعيف في الفقه قد ذهب إلى ضرورة تفسيره في ضوء ما جرت عليه أحكام القضاء في ظل القانون المدني القديم من التفرقة بين الاتفاق السابق على عرض النزاع على القضاء و الذي يعد باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام و بين النزول عن التمسك بهذه القواعد أثناء سير الخصومة و الذي يعتبر صحيحا . و بالنظر إلى أن هذا الرأي يخالف صريح ما ورد به نص المادة ١/٦٠ من القانون , فإنه بقي مهجورا و لم نجد له أي صدى في أحكام القضاء . أنظر في هذا الرأي أ.د. سليمان مرقس , المرجع السابق , ص٢٥٧ و ما بعدها .

(١٣٢) على أنه يجدر بادئ ذي بدء أن نشير إلى أن هذه الاتفاقات لوضع إطار عام منظم للتصرفات القانونية المتوقع إبرامها بشكل معتاد بين أطرافها , ومن ذلك على سبيل المثال العقود المبرمة بين عملاء البنوك و بين البنك بشأن عقود القرض التي تتم عن طريق استخدام بطاقة الائتمان (عمليات السحب بدون وجود رصيد للعميل) .

A. LUCAS , droit de l'informatique , op. Cit. , p. 381 et s. .

- كذلك فإنه و حتى يمكن تخطي عقبة اعتبار المحرر الإلكتروني دليلا كتابيا كاملا , فإن هذه الاتفاقات ترد عادة بمساواة هذه المحررات (والتي لا ترقى إلى مرتبة الدليل الكتابي الكامل) بالمحررات العرفية من حيث حجيتها في الإثبات .

- على أنه يجدر بالملاحظة في هذا الصدد أن الاتفاقات في هذا المجال تتميز بتهديد مصالح العميل الذي يتعاقد عن طريق الإنترنت و تؤدي عملا إلى إهدار حقه في الإثبات بالنظر إلى ما تسمح به للمحترف من الاحتجاج على المستهلك بالمحررات التي يسيطر هو على بياناتها , مع سلب القاضي السلطة التقديرية في تقدير قيمة هذه المحررات .

- كذلك فإن هذه الاتفاقات المعدلة للقواعد الموضوعية للإثبات في مجال التعاقد عن طريق الإنترنت تؤدي عملا إلى إعطاء المحرر الإلكتروني حجية تفوق الحجية التي قررها المشرع للمحررات العرفية (و هي أدلة كتابية كاملة) في الإثبات .

و يتضح ذلك بالنظر إلى أنه و خلافا لما قرره المشرع من حق المدعى عليه من دحض المحرر العرفي بإنكار خطه أو توقيعه أو بصمة يده , فإن المشتري لا يتمكن من ذلك الإنكار في شأن المحررات الإلكترونية التي لم يتم تحريرها أصلا بخط يده و التي لا تحمل توقيعه . (١٣٤)

و يعني ذلك في حقيقة الأمر أن هذه الاتفاقيات ترد صراحة _ أو ضمنا _ بقلب عبء الإثبات من خلال افتراض صحة ما ورد بها إلى أن يقوم المشتري أو طالب الخدمة بإثبات العكس . (١٣٥)

---

(١٣٣) C. DE LYSSAC , les conventions sur la preuve en matière informatique , In informatique et droit de la preuve, travaux de A.F.D.I., Ed. des parques , p. 148 et s. ;cass. civ. 7janv. 1982 ; Bull.civ. , III , 4 ; civ. 1re , 8 nov. 1989 , D. 1990 , II , 369 .

(١٣٤) ورد نص المادة ١/١٤ من قانون الإثبات المصري بأنه : " يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ..." .

- و مما لا شك فيه أن قلب عبء الإثبات في شأن المحررات الإلكترونية يتساوى عملا مع إعطاء هذه المحررات حجية مطلقة , و ذلك بالنظر إلى صعوبة تمكن المشتري أو طالب الخدمة من إثبات عكس ما ورد بها . و تتمثل هذه الصعوبة في أن التعاقد يتم عن طريق أجهزة الحاسب الآلي , و بالتالي فلا توجد أي محررات مكتوبة بخط البائع أو مقدم الخدمة كي يستند إليها العميل , بالإضافة إلى أنه يندر أن يوجد شهود على واقعة التعاقد في ضوء الظروف السالف الإشارة إليها .

- و إذا كان الاتفاق على قلب عبء الإثبات عند التعاقد عن طريق المحررات الإلكترونية يتساوى عملا مع إعطاء هذه المحررات حجية مطلقة على النحو السالف بيانه ؛ فإن تلك الحجية المطلقة يمكن أيضا أن تكون محلا صريحا لتلك الاتفاقات ؛ و هو ما يعني ألا يتمكن المشتري أو طالب الخدمة من إثبات عكس ما ورد بهذه المحررات إلا بالإدعاء بالتزوير .

و يعني ذلك أن هذا النوع الأخير من الاتفاقات يجعل للمحررات الإلكترونية (و التي لا تتوفر فيها عناصر الدليل الكتابي الكامل) حجية مساوية لحجية المحررات الرسمية في الإثبات . (١٣٦)

- و لقد أدى ما تقدم ببعض الفقه إلى إعادة النظر في صحة الاتفاقات المعدلة لقواعد الإثبات الموضوعية على أساس أنها تؤدي إلى إهدار الحق في الإثبات .

فحيث أن الحق في الإثبات يقتضي " تمكين المدعي من إثبات الوقائع التي يدعيها بالطرق المحددة قانونا " , و حيث أن الحماية التي قررها المشرع لأصحاب المصلحة من خلال الحق في الدعوى " لا تتحقق عملا إلا إذا كفل القانون الوسائل اللازمة لإثباتها " . (١٣٧)

---

(١٣٥) J. LARGUIER , la preuve du fait négative , RTD civ. , 1953 , p. 1 et s. .

(١٣٦) ورد نص المادة ١١ من قانون الإثبات المصري بأن : " المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا . " .

لذلك فقد ذهب الأستاذ الدكتور محمد زهرة إلى أنه و إن كان صحيحا " أن القواعد الموضوعية المنظمة للإثبات لا تتعلق – في معظمها – بالنظام العام , و من ثم يجوز الاتفاق على خلاف حكمها ؛ إلا أن هذا الاتفاق لا يجب أن يذهب إلى حد حرمان أحد طرفيه من الحق في الإثبات عموما , صراحة أو ضمنا " . (١٣٨)

و قد استنتج سيادته من ذلك أن الاتفاقات التي تؤدي إلى حرمان المتعاقد من الحق في الإثبات تعد باطلة بطلانا مطلقا . (١٣٩)

– و نحن من جانبنا نتفق مع الرأي السابق فيما قرره من خطورة الاتفاقات المعدلة للقواعد الموضوعية للإثبات في مجال المحررات الإلكترونية , و في ضرورة عدم السماح لها بتهديد مصالح المشتري غير الخبير و إهدار حقه في الإثبات . (١٤٠)

---

(١٣٧) أ.د. محمد زهرة , المرجع السابق , ف٣١ و ما بعدها , ص٣١ و ما بعدها . و أنظر في شأن تحديد المقصود بالحق في الإثبات و أساسه القانوني : أ.د. عبد المنعم الصده , الإثبات , المرجع السابق , ص٤١ و ما بعدها ؛ أ.د. السنهوري , الوسيط , ج٢ , ص٣٤ و ما بعدها ؛ أ.د. جميل الشرقاوي , الإثبات في المواد المدنية , ١٩٨٢ , ص١٩ و ما بعدها ؛ أ.د. محمد شكري سرور , موجز أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية , ١٩٨٦ , ص٣٥ و ما بعدها ؛ أ.د. عبد الودود يحيى , الموجز في قانون الإثبات , ١٩٨٧ , ص٢٣ . و قد ورد في قضاء محكمة النقض المصرية من أن : " هذا المبدأ – الحق في الإثبات و المجابهة بالدليل – يعد من الأصول الكبرى في التقاضي و عدم تجهيل الخصومة على من يكون طرفا فيها " , نقض مدني مصري ٨ فبراير ١٩٥١ , في الطعن ١٨/١٤٤ ق مشار إليه في أ.د. عبد الودود يحيى , المرجع السابق , ذات الموضع السابق .

(١٣٨) أ.د. محمد زهرة , المرجع السابق , ف٣٥ و ما بعدها , ص٤٠ و ما بعدها .

(١٣٩) و قد قدم أ.د. محمد زهرة هذا الرأي بصدد الاتفاقات المتعلقة بحق حامل بطاقة السحب الآلي من البنوك في إثبات عكس ما ورد بسجلات البنك المقيدة آليا نتيجة عمليات السحب , و رتب على ذلك بطلان الشرط الذي يقر بمقتضاه حامل بطاقة السحب الآلي بأن دفاتر البنك و حساباته تعد دليلا قاطعا (له حجية مطلقة) على ما يترتب عليه من التزامات تنشأ عن استخدام بطاقة الائتمان . أ.د. محمد زهرة , المرجع السابق و ف٣٧ , ص٤١ . و قد انتهى هذا الرأي إلى أنه لا يجوز الاتفاق على خلاف القواعد المنظمة لحجية أدلة الإثبات و طرق إنكار هذه الحجية " فحجية الدليل يجب .... أن تترك لتقدير القاضي ...." . , المرجع السابق , ص ٤٩ .

- كذلك فنحن نعتقد بأن حماية المتعاقدين على السلع و الخدمات عن طريق الإنترنت يمكن أن تتحقق عن طريق قيام القاضي بالدور الموكل إليه من قبل المشرع في حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان من ناحية أولى , ثم عن طريق إبطال الشروط التعسفية الواردة في هذه الاتفاقات من ناحية ثانية .

فمن ناحية أولى فإن هذا النوع من الاتفاقات و الذي يتم فرضه من التاجر المحترف على المستهلك (المشتري أو طالب الخدمة) يعد من عقود الإذعان بالمفهوم الواسع . (١٤١)

---

(١٤٠) أ.د. محمد حسام لطفي , المرجع السابق , ص١٧و١٨ .

(١٤١) يتجه الفقه المصري إلى التخلي عن التفسير الضيق الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية لتحديد المقصود بعقود الإذعان , و إلى ضرورة تبني المفهوم الواسع للمقصود بهذا النوع من العقود . أ.د. حسام الأهواني , النظرية العامة للالتزام , المصادر الإرادية للالتزام , ط٣ , عام ٢٠٠٠ , ف٤٠٢ و ما بعدها , ص٣٨٩ و ما بعدها . فبينما استقر قضاء محكمة النقض المصرية على اشتراط تعلق العقد بسلع أو خدمات تعد من الضروريات الأولية التي لا يمكن للمتعاقد أن يصرف النظر عنها أو عن التعاقد بشأنها (نقض مدني مصري ١٢ مارس ١٩٧٤ , مجموعة المكتب الفني , س٢٥ , ص٤٩٢ ؛ نقض مدني مصري ٢٢ مايو ١٩٥٤ , المجموعة السابقة , س٥ , ص٧١٨ ؛ نقض مدني ٢٥ فبراير ١٩٦٠ , المجموعة السابقة , س١١ , ص١٨٤ . أنظر أيضا المغفور له أ.د. عبد المنعم الصدة , عقود الإذعان في القانون المصري , رسالة دكتوراه , جامعة فؤاد الأول , ١٩٤٦ , ص٥٨ و ما بعدها) فإن جمهور الفقه المصري يتجه إلى ضرورة التخلي عن اشتراط تعلق العقد بالخدمات الضرورية و تبني مفهوم واسع لعقود الإذعان يكتفي فيه باشتراط وجود أحد طرفي العقد في موقع يتفوق فيه على الطرف الثاني من حيث القدرة الاقتصادية و الخبرة و أن يصدر الإيجاب عاما و في قالب نموذجي . أ.د. حسام الأهواني , المرجع السابق , الموضع السابق ؛ أ.د. محسن البيه , مشكلتان متعلقتان بالقبول , السكوت و الإذعان , دار النهضة العربية , ص١٢٥ و ما بعدها ؛ أ.د. أحمد عبد الرحمن الملحم , نماذج العقود و وسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها , دراسة تحليلية مقارنة في الفقه و القضاء الأنجلو أمريكي مع الإشارة إلى دراسة الوضع في الكويت , مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بالكويت , س١٦ , ص٢٤٥ و ما بعدها ؛ بحثنا بعنوان أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد , دار النهضة العربية ١٩٩٦ , ف٢١٧ و ما بعدها , ص١٠٢ و ما بعدها . و نحن نعتقد في صحة هذا الموقف خصوصا و أنه يتوافق مع ما ورد به نص المادة ١٠٠ من التقنين المدني المصري الذي لم يحدد الخصائص التي يجب توفرها في عقود الإذعان .

و يعني ذلك أن للقاضي , و بالإضافة إلى سلطته في تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن , [١٤٢] أن يعمل نص المادة ١٤٩ من التقنين المدني المصري لتعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة .

و هكذا فإن الحماية المقررة بموجب هذا النص – و في حالة قبول المفهوم الواسع لعقود الإذعان – تحقق قدرا معقولا من التوازن في العلاقة التعاقدية المبرمة عن طريق الإنترنت و تسمح بتلافي الآثار السلبية للاتفاقات الخاصة المتعلقة بالإثبات .

فحيث لم يحدد المشرع في نص المادة ١٤٩ سالفة الذكر المقصود بالشروط التعسفية , فإن تقدير مدى التعسف في الشروط ينعقد لقاضي الموضوع مما يسمح له بتقدير أثر الاتفاقات الخاصة المتعلقة بالإثبات على إهدار حق المشتري أو طالب الخدمة في الإثبات ويتيح له بالتالي تعديلها أو عدم الاعتداد بها وفقا لمقتضيات العدالة . [١٤٣]

كذلك و من ناحية ثانية فإن الشروط الواردة في مثل هذه الاتفاقات – صراحة أو ضمنا – , و التي من شأنها إهدار حق المستهلك في الإثبات تعتبر من الشروط التعسفية في ضوء ما وردت به نصوص التشريعات الخاصة بحماية المستهلك في فرنسا .

---

[١٤٢] وفقا لما وردت به نص المادة ٢/١٥١ من التقنين المدني المصري بأنه : " و مع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " .

[١٤٣] أ.د. السنهوري , الوسيط , ج٦ , مج١ , ف١٥٩ , ص٢٠١ ؛ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني , ج٢ , ص٢٩٢ ؛ نقض مدني مصري ٢٥ فبراير ١٩٦٠ , مجموعة المكتب الفني , س١١ , ص١٨٤ ؛ المغفور له أ.د. عبد الفتاح عبد الباقي , نظرية العقد و الإرادة المنفردة , دراسة متعمقة في الفقه الإسلامي , موسوعة القانون المدني المصري , ١٩٨٤ , ف١٠ , ص٢١٣ و ما بعدها ؛ أ.د. محمود جمال الدين زكي , مشكلات المسئولية المدنية , ف١٧٢ , ص٣١٣ .

و يؤدي ذلك إلى التمكن من استبعاد العمل بهذه الشروط أو إبطالها في عقود الاستهلاك بوجـــه عام — حتى و إن لم تكن من عقود الإذعان — وفقا لما وردت به النصوص المنظمة للشروط التعسـفية في فرنسا , و التي نعتقد بأن المشرع المصري سوف يتوجه إلى تبنيها في ضوء مـــا تقتضيـــه ســيطرة توجهات حماية المستهلك على التشريعات المعاصرة .(١٤٤)

- و نخلص مما تقدم إلى أن الاتفاقات التي يبرمها الأشخاص بالمخالفة للقواعـــد الموضوعيـــة في الإثبات , و بالمخالفة لمبدأ وجوب الإثبات بالكتابة بصفة خاصة قد يكون من شأنها إهدار الحـــق في الإثبات , و هو ما يقتضي تدخل المشرع بتنظيم الإثبات في مجال التعاقد عن طريق الإنترنت , بـــدلا من ترك الإثبات في هذا المجال مرتعا للحلول الاستثنائية التي تزيد المشكلة تعقيدا بدلا من الإســهام في حلها . و هو ما ندرسه في الفصل التالي .

---

(١٤٤) و هو ما أكده تقرير مجلس الدولة الفرنسي الصادر في شأن الإنترنت و الشبكات الرقمية ؛

Rapport du conseil d'état, internet et les réseaux numériques , la documentation française , 1998 , précit. , p.84 et s. ; J. GHESTIN , traité de droit civile , la formation du contrat , 3e ed. , L.G.D.J. , 1993 , n78 et s. , p. 56 et s. , n 98 , p. 79 et s. ; D. BAUMANN , droit de la consommation , 1977 , p. 153 et s. .

الفصل الثالث

التدخل التشريعي لتنظيم الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية

- في ضوء المعطيات الحالية لنصوص التشريع المطبق في كل من مصر و فرنسا , فإن المساواة بين المحرر الإلكتروني و المحرر العرفي التقليدي لا تزال صعبة التحقيق في ضوء صعوبة استيفاء المحررات الإلكترونية للشروط اللازمة لاعتبارها أدلة كتابية كاملة .

و بالرغم من توجه الفقه إلى تيسير التعامل عن طريق المحررات الإلكترونية من خلال التوسع في الاستثناءات التشريعية على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة , فإننا نعتقد مع جانب أخر من الفقه بضرورة رفض هذا التوجه لتعارضه مع مقتضيات النصوص التشريعية من ناحية أولى , و لتعارضه مع مقتضيات التجارة الإلكترونية من ناحية ثانية .

فمن ناحية أولى يصطدم هذا التوجه مع الفهم الصحيح لنصوص القانون خصوصا فيما تعلق بالاستثناء الخاص بفقد السند الكتابي و الاستثناء الخاص باستحالة الحصول على السند . فالاستثناء الخاص بفقد السند يقتضي وجود السند المكتوب ثم إثبات فقده , و هو ما لا يتحقق في هذا الفرض . كذلك فإن الاستثناء الخاص باستحالة الحصول على السند لا تتحقق في فرض التعامل عن طريق الإنترنت , إذ أنه طريق اختياري كما أنه لا يحول دون الحصول على محرر كتابي يتم إبرامه عن طريق المراسلة المعتادة .

و من ناحية ثانية يصطدم هذا التوجه مع مقتضيات التجارة الإلكترونية . فاللجوء إلى اعتبار المحرر الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة يضع المحررات الإلكترونية في مرتبة أقل من المحررات العرفية من حيث الحجية في الإثبات و يؤدي بالتالي إلى تفضيل إبرام التصرف بالشكل التقليدي و الإحجام عن هذا الطريق الحديث من طرق إبرام العقود . كذلك فإن الاتفاقات الخاصة بتعديل قواعد الإثبات لا

يصلح إلا في الحالات التي يمكن لأطراف التعاقد وضع اتفاقية إطاريه للتعاملات المقبلة , و هو أمر نادر في ظل التعامل المعتاد عن طريق الإنترنت , و الذي لا يعرف أطرافه بعضهم البعض إلا بصدد التصرف محل الإبرام . و بالإضافة إلى ما سبق فإن هذه الاتفاقيات الخاصة بتعديل قواعد الإثبات ستواجه بذات الصعوبة في الإثبات ما لم يتم تحريرها و توقيعها بالطريق التقليدي ؛ و هو ما لا يسهل تحقيقه في ظل مقتضيات السرعة و الثقة التي يستلزمها إبرام التصرفات عن طريق الإنترنت .

– و حيث أدرك المشرع الأوروبي ضرورة التدخل لمواكبة معطيات التطور التكنولوجي و التجارة الإلكترونية فقد قامت المجموعة الأوروبية بوضع مشروع توجيه أوروبي يستهدف إلى تنسيق التدخل التشريعي في الدول الأعضاء بشأن قبول المحررات الإلكترونية كدليل كامل في الإثبات .

كذلك فقد سار المشرع الفرنسي على ذات النهج حيث تم وضع مشروع قانون فرنسي لتعديل نصوص الإثبات في القانون المدني الفرنسي لتحقيق هذه الأهداف .

– و حيث أن دراسة مشروعات القوانين التي يتم إعدادها في الدول الأوروبية بصفة عامة و في فرنسا بصفة خاصة تسمح بوضع المشكلة محل الدراسة في نصابها الصحيح , كما تسمح بعرض نموذج للخطوات المتخذة من أجل تعديل التشريع في هذا المجال أمام المشرع المصري ؛ لذلك فإننا سنخصص الدراسة في هذا الفصل لإيضاح خطوات التدخل التشريعي الذي يمكن أن يسمح للتشريعات المعاصرة (و منها القانون المصري) باللحاق بركب التطور التكنولوجي .

هذا و سوف نخصص المبحث الأول لدراسة مشروع التوجيه الأوروبي بشأن المحررات الموقعة إلكترونيا , بينما تخصص المبحث الثاني لدراسة مدى تدخل المشرع الفرنسي في هذا المجال مع المقارنة ببعض التشريعات الأخرى كلما كان ذلك لازما .

المبحث الأول

مشروع التوجيه الأوروبي بشأن المحررات الموقعة إلكترونيا

- ظهرت الحاجة إلى التدخل التشريعي لتنظيم الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية بالنظر إلى اتساع إبرام العقود عن طريق شبكة الإنترنت و الشبكات الرقمية الشبيهة بها .

و حيث أن العديد من الدول الأوروبية تأخذ بنظام الإثبات المقيد , و يسود في أنظمتها القانونية مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة للتصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن حد معين , فقد أدى ذلك إلى تعثر قبول المحررات في الإثبات لما يقتضيه ذلك النظام من استيفاء شروط الثبات و الاستمرارية في التدوين الكتابي بالإضافة إلى اتصال التوقيع بالمحرر للاستيثاق من رضاء الذي يصدر عنه التوقيع بمضمون المحرر و الالتزام به .

و لقد استشعر المشرع الأوروبي بوجه عام و المشرع الداخلي في دول المجموعة الأوروبية بالحاجة إلى التدخل التشريعي في المجال الخاص بالإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية و محاولة التنسيق بين تشريعات الدول على مستوى أوروبا من ناحية و على مستوى العالم من ناحية أخرى بسبب طبيعة التعامل عن طريق الإنترنت و ما يؤدي إليه من إبرام التصرفات ذات العنصر الأجنبي . ويتضح ذلك بصفة خاصة من أن عدم الاعتداد بالمحررات الإلكترونية في الإثبات و منحها ذات الحجية في التشريعات الداخلية للدول التي يتعامل أفرادها من خلال شبكة الإنترنت سوف يؤدي إلى نشوء العقبات القانونية التي تؤثر على ازدهار التجارة الإلكترونية . (١٤٥)

---

(١٤٥) Noel CHADID- NOURAI , problèmes juridiques lies a' la dématérialisation des moyens de paiement et des titres , rapport du conseil national du crédit et du titre , mai 1997 , p. 15 et s. .

و حيث أن التنسيق بين التشريعات الداخلية الخاصة بنظم الإثبات على مستوى دول العالم يعــد أحد مقومات نجاح التعامل عن طريق شبكة الإنترنت , لذلك فقد تأثر المشــرع الأوروبي بالقــانون الموحد للتجارة الإلكترونية الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة (المطلب الأول) و وضع إطــارا عامــا يسمح بهذا التنسيق بين دول المجموعة الأوروبية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

تأثر مشروع التوجيه الأوروبي بالقانون الموحد للتجارة الإلكترونية الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة

– استلهم المشرع الأوروبي الإطار العام للتدخل التشريعي في شأن تنظيم الإثبات في هذا المجــال من مشروع القانون الموحد للتجارة الإلكترونية الذي أعدته لجنــة الأمــم المتــــحدة لقانـــون التــجارة الدولي CNUDCI , و الذي تبنته منظمة التجــارة العالميــة WTO (world trade organisation) في الإطار العام الذي وضعته في شأن تيسير المعاملات التجارية . (١٤٦)

هذا و لقد أتى نص المادة التاسعة من مشروع القانون الموحد للتجارة الإلكترونية السالف الذكــر واضعا الأساس الذي يجب أن تلتزم به الدول في تشريعاتها الداخلية المتعلقة بقبول المحررات الإلكترونية و تحديد حجيتها في الإثبات .

(١٤٦) Resolution 51/ 162 de l'assemblée générale du 16 dec. 1996 , la loi type de CNUDCI sur le commerce electronique , Guide pour l'incorporation de la loi type de la CNUDCI , nations unies , New york , 1997 ; OMC organisation mondiale du commerce ; A.BEN SOUSSAN , cryptologie et signature electronique , op. Cit. , p.987 .

و بالرجوع إلى نص هذه المادة نجد أنه قد ورد بإلزام القاضي بقبول المحررات الموقعة إلكترونيا في الإثبات و منحها ذات الحجية المقررة للأدلة الكتابية .[١٤٧]

كذلك ويتضح من نصوص هذا المشروع أن الأساس الذي بنيت عليه المساواة بين المحرر الإلكتروني و الأدلة الكتابية الكاملة هو " التساوي الوظيفي l'équivalence fonctionnelle " أي التساوي من حيث وظيفة الدليل في الإثبات , و بالتالي اتخاذ وظيفة و دور الدليل في الإثبات معيارا للقبول به و تحديد حجيته .[١٤٨]

- و في ظل هذا الصراع بين مقتضيات التطور التكنولوجي و قيود الإثبات و في ظل التوجهات العالمية للتنسيق في شأن قواعد الإثبات فقد ظهر توجه في البرلمان الأوروبي ينادي بتبني نظرية الإثبات الحر مما يسمح بأن تكون جميع أدلة الإثبات على قدم المساواة من حيث قبول القاضي بها [١٤٩] , مع ترك سلطة تقدير مدى حجية الدليل للقاضي في ضوء الظروف الخاصة بكل دعوي على حدة .

---

[١٤٧] E.A. CAPRIOLI et R. SORIEUL , le commerce international electronique , vers l'émérgence de règles juridiques , journal de droit international , 1997 , n2 .

[١٤٨] لهذا فإن معظم التشريعات التي استلهمت تعديلات قانون الإثبات من المشرع الموحد قد وضعت من الشروط ما يسمح بتأمين قيام المحرر الإلكتروني بوظيفة المحررات الخطية التقليدية في الإثبات . و تتعلق هذه الشروط بصفة خاصة – و كما أوضحنا فيما تقدم من هذه الدراسة – باستمرارية التدوين و ارتباطه بالتوقيع و بعدم إمكان تعديلهما إلا بإحداث أثر مادي يمكن الاستدلال منه على هذا التعديل . أنظر في شأن القانون الكندي الصادر عام ١٩٩٣

DE LAMBERTERIE , la valeur probatoire des documents informatique , étude comparative , centre national de recherche scientifique " CNRS " , 1990, P.3 et s. .

[١٤٩] Françoise CHAMOUX , la preuve dans la vie des affaires , l'écrit au microfilm , litec , 1979 .

على أن هذا التوجه قد تعثر بسبب اختلاف النظم القانونية السائدة في دول المجموعة الأوروبية و صعوبة تحول الدول الأعضاء عن النظم المطبقة فيها تحولا كاملا . كذلك فقد نعى البعض على هذا التوجه أنه لا يقدم حلا حقيقيا لمشكلات الإثبات الخاصة بالتعاقد عن طريق استخدام الوسائط الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني ؛ بل أن إعطاء السلطة التقديرية للقاضي يؤدي في الواقع العملي إلى تركيز عبء الإثبات على العميل الذي يصبح واجبا عليه إثبات صحة و سلامة الإجراءات المتبعة في التحرير و التوقيع الإلكتروني ليقتنع القاضي بهذه المحررات . و لما كانت صعوبة هذا الإثبات من الناحية العملية هي الدافع وراء التوجه إلى التدخل التشريعي بتعديل قواعد الإثبات , و كانت حماية المستهلك بوصفه الطرف الضعيف هي أحد الدعائم الأساسية التي يقوم عليها التشريع الأوروبي , لذلك فقد كان على المشرع الأوروبي أن يبحث عن الحلول التشريعية بدون الاصطدام بالنظريات الحاكمة للإثبات و التي تختلف من دولة إلى دولة أخرى . (١٥٠)

لذلك فقد تبنى المشرع الأوروبي منهجا مماثلا للمنهج الذي اتبعته لجنة الأمم المتحدة في وضع مشروع القانون الموحد للتجارة و اتجه إلى تعديل تعريف التوقيع و تعريف المحررات المقبولة في الإثبات من خلال المنظور الوظيفي لأدلة الإثبات . (١٥١)

---

(١٥٠) J.M.LAMERE , Y. LEROUX , J. TOURLY , la sécurité des réseaux , méthodes et techniques , Ed. DUNOD , 1989 , p. 300 et s. .

(١٥١) Recommandations de la commission europeenne du 8 dec. 1987 , vers un code européen de bonne conduite en matière de paiement electronique , JOCE , L 365, 24 dec. 1987 , p. 72 .

المطلب الثاني

الإطار العام للتعديل التشريعي المقترح في التوجيه الأوروبي

- بهدف تشجيع التجارة الإلكترونية التي تتم من خلال الشبكات الرقمية و التي تشهد نشاطا لم يسبق له مثيل , فإنه قد بدا من الضروري للمشرع الأوروبي توفير قدر كبير من الثقة خصوصا فيما يتعلق بتوثيق المحرر الإلكتروني .

و يرتبط توفير الثقة بالمحرر الإلكتروني بصفة أساسية بتأمين شامل للتوقيع الإلكتروني و المحرر سويا بما يسمح لمن يستقبل المحرر الإلكتروني بالتأكد من شخصية المرسل و من سلامة و صحة البيانات المدونة في المحرر و عدم قابليتها للتعديل . و من أهم الوسائل التي اعتمدها المشرع لتحقيق هذه الأغراض وسيلة اعتماد التوقيع المرتبط بالمحرر بواسطة جهة متخصصة تخضع من حيث الإنشاء و أداء وظيفتها لرقابة الدولة .

- و من أجل إيجاد إطار عام تلتزم به دول المجموعة الأوروبية أثناء إصدار تشريعاتها الداخلية المتعلقة بتعديل قواعد الإثبات , و حتى يمكن تلافي التعارض بين هذه التشريعات بما يعرقل التجارة الإلكترونية , فقد حدد التوجيه الأوروبي المحاور الأساسية التي يجب معالجتها و التنسيق بشأنها بين تشريعات دول المجموعة الأوروبية : فأما المحور الأول فيتعلق بتحديد الأثر القانوني الذي يترتب على إصدار التوقيع الإلكتروني . و أما المحور الثاني فيتعلق بتنظيم خدمة اعتماد هذا التوقيع بشكل يسمح بالاعتراف المتبادل بين الدول الأعضاء بالاعتمادات الصادرة من الجهات المتخصصة في ذلك , و هو

ما يقتضي تحديد المواصفات التي يتم على أساسها اعتماد التوقيع الإلكتروني . و أما المحور الثالث فيتعلق بتحديد التزامات الجهة التي تقوم على خدمة اعتماد التوقيع الإلكتروني . (١٥٢)

هذا و لقد قامت اللجنة المكلفة بوضع مشروع التوجيه الأوروبي في شأن " الإطار العام لتنظيم الإثبات عن طريق المحررات الموقعة إلكترونيا " و قدمته إلى البرلمان الأوروبي في مايو ١٩٩٨ . و لقد أعاد البرلمان المشروع إلى اللجنة لإعادة دراسته في ضوء الملاحظات التي أسفرت عنها المناقشة في البرلمان و ذلك في ١٣ يناير ١٩٩٩ . (١٥٣)

و بعد مراجعة اللجنة للمشروع في ضوء الملاحظات السابقة أعيد تقديم المشروع إلى مجلس الوزراء الأوروبي في ٢٩ أبريل ١٩٩٩ الذي أقره و أعاد عرضه على البرلمان الأوروبي في ٢٨ أبريل ١٩٩٩ . (١٥٤)

و بقراءة المشروع السابق يتضح أنه ينظم الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية من خلال ستة مرتكزات رئيسية .

أولا- ارتكاز مشروع التوجيه الأوروبي على إنشاء نظام اختياري لتوثيق المحررات الموقعة إلكترونيا

- ورد نص المادة ٣/١ من مشروع التوجيه الأوروبي بإلزام الدول الأعضاء بإصدار النصوص التشريعية التي تسمح بإنشاء و قيام جهات خاصة ترخص بها الدولة لتقوم باعتماد التوقيعات

---

(١٥٢) Valerie SEDALLIAN , droit de l'internet , collection association des utilisateurs d'internet , lausanne, 1999, p.187 et s. .

(١٥٣) و لقد أعيد هذا المشروع إلى اللجنة متضمنا ٣٤ ملاحظة أسفرت عنها هذه المناقشات .

(١٥٤) Philippe VANLAN GENDONCK, union européenne, la signature electronique reglementée, droit et nouvelles technologies, actualités, 1er dec. 1999, p.1 et 2 .

الإلكترونية و إصدار شهادات تفيد استيفاء المحررات للعناصر التي توفر الثقة في التوقيع و ارتباطه بالمحرر و تأمينهما ضد أي تعديل أو إضافة . (١٥٥)

هذا و لقد جاء نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مشروع التوجيه بضرورة ألا يكون اعتماد التوقيع الإلكتروني إلزاميا بحيث يترك لأطراف التصرفات القانونية المبرمة عبر الشبكات الرقمية حرية الاختيار في شأن اعتماد التوقيع أو عدم اعتماده .

- و نحن نعتقد أن موقف المشرع الأوروبي في هذا الخصوص يعد منطقيا و لازما , حيث أن الإلزام بتوثيق المحررات الموقعة إلكترونيا سوف يؤدي إلى أن يصبح التعاقد عن طريق شبكات الإنترنت تعاقدا شكليا و ليس رضائيا , و هو ما يخالف القواعد الأساسية المعمول بها في معظم التشريعات الأوروبية .

ثانيا- تحديد ماهية المحرر الموقع إلكترونيا في التوجيه الأوروبي

- أدرك المشرع الأوروبي عند إصدار التوجيه الخاص بالتوقيع الإلكتروني أنه يجب أن يراعي المكانة الخاصة للإثبات بالدليل الكتابي و التي تسود في معظم تشريعات دول المجموعة الأوروبية . لذلك فإن الأعمال التحضيرية لإعداد التوجيه الأوروبي قد أشارت بصفة خاصة لاحتلال الدليل الكتابي أعلى درجة في سلم أدلة الإثبات , و ما يقتضيه ذلك من أن يستوفي الدليل الكتابي الشرائط الآتية :

١- أن يكون مقروءا lisibilite

٢-أن يكون غير قابل للتعديل إلا بإحداث أثر مادي دال على التغيير inalterabilite

(١٥٥) V.SEDALLIAN , op cit. , p.199 et s. .

٣-وأن تستمر الكتابة و التوقيع ثابتة على النحو السابق طوال الفترة اللازمة للتمسك بالمحرر المدون أمـــام القضاء stabilite (١٥٦)

لذلك فقد ورد نص المادة ١/٢ من مشروع التوجيه بتحديد المقصود بالتوقيع الإلكتروني على النحو التالي : " التوقيع الإلكتروني هو بيان أو معلومة donnee معالجة إلكترونيا ترتبط من خلال التقنيات المنطقية بالمعلومات الواردة في المحرر الإلكتروني و يتيح لصاحبه أن يعبر عن قبوله بمضمون هذه المعلومات و التزامه بها . و يشترط في هذا التوقيع أن :

- يكون مرتبطا بشخص مصدره .

-يكون محددا بشخصية مصدر التوقيع و مميزا له عن غيره من الأشخاص .

-يتم إنشاؤه و إصداره من خلال تقنيات و إجراءات تسمح لمصدر التوقيع بالاستئثار به و السيطرة عليه على نحو موثوق به .

-يكون مرتبطا بالمعلومات التي يتضمنها المحرر الإلكتروني بطريقة تسمح باكتشاف أي تعديل مادي في مضمون المحرر أو التوقيع أو الفصل بينهما . " (١٥٧)

- هذا و أضافت لجنة إعداد المشروع في المقترح الثاني المعدل ملحقا لتعريف التوقيع الإلكـــتروني يتضمن التحديد الفني لمواصفات إصداره ومراجعة التوقيع عن طريق الوسائط الإلكترونية على النحـــو التالي :

---

(١٥٦) VAN HUFFEL , le developpment de la politique communautaire dans le domaine des services financiers , in l'offre de crédit aux consommateurs , actes du colloque de l'observatoire du credit et de l'endettement , 17 nov. 1997 , Bruxelles , st sept. 1998 , p. 95 et s. .

(١٥٧) COM , 99, 195 final , 29 avril , 1999 .

هذا و قد كان المقترح الأول لمشروع التوجيه خاليا من تعريف التوقيع بوصفه "بيان أو معلومة - donne " معالجة إلكترونيا .

- يقصد بالبيانات المعالجة إلكترونيا لإصدار التوقيع : " كل معطيات خاصة بشخص معين مثل الأكواد السرية و المفاتيح ذات الشفرات الخاصة التي يستخدمها شخص معين لإصدار التوقيع الإلكتروني .

- يقصد بأدوات إصدار التوقيع : " كل أداة مادية أو برنامج حاسوبي يسمح بتحويل الكود أو الشفرة إلى توقيع إلكتروني .

- يقصد بأدوات تأمين التوقيع :" كل أداة أو برنامج حاسوبي يسمح بتأمين التوقيع الإلكتروني على النحو الذي يؤدي لاستيفاء الشروط المنصوص عليها في الملحق رقم ٢ من " مشروع " التوجيه . و قد جاء في هذا الملحق أنه يشترط لقبول التوقيع الإلكتروني في الإثبات و منحه الحجية المقررة قانونا للأدلة الكتابية أن " أ- تكون الشفرة أو الكود المستخدمة في التوقيع غير متكررة و إنما منفردة unique و أن يتم وضع الضوابط الكفيلة بالحفاظ على سريتها لتحقيق انفراد صاحب التوقيع بالسيطرة عليها و الاستئثار بها دون غيره من الأشخاص . ب- يكون وضع الشفرة الخاصة (أو الكود) بالتوقيع مراعيا عدم إمكان استخلاصه عن طريق الاستنتاج المنطقي و أن تتخذ الضمانات الكافية وفقا لأحدث ما توصلت إليه التكنولوجيا ضد تزويره . ج- أن يتم تمكين صاحب التوقيع من حماية الشفرة (أو الأكواد) في حالة محاولة الغير استخدامها حال تعرفه عليها . " (١٥٨)

- يقصد بمعطيات التحقق من التوقيع : " كل بيانات مثل الأكواد و المفاتيح التي تتاح للجمهور حتى يمكن التأكد من شخصية صاحب التوقيع الإلكتروني المصاحب للمحررات المرسلة إلى الجمهور (أو العميل) عن طريق الشبكة الرقمية . "

---

(١٥٨) الملحق رقم ٢ من مشروع التوجيه الأوروبي لعام ١٩٩٩ .

- أدوات التحقق من التوقيع و يقصد بها : " كل أداة مادية أو برنامج حاسوبي يتـــم تخصيصـــه لاستخدام معطيات التحقق من التوقيع بهدف إجراء تلك العملية و الاستيثاق من شخصية صـــاحب التوقيع الإلكتروني . "

- و نستخلص مما تقدم أن هذا التعريف يعد مستوفيا لكافة الشروط التي يلـــزم في توافرهـــا في التوقيعات و المحررات التي يعتد بها كأدلة كتابية كاملة .

كما يعد هذا التعريف شاملا لأي نوع من أنواع التدوين الإلكتروني و التوقيعات الإلكترونيـــة طالما أنها تتم من خلال التقنيات التي تكفل تأمين التوقيع و ارتباطه بمضمون و بيانات المحرر بشـكل لا يقبل الانفصال و بشكل يستحيل تعديله أو تبديله إلا بظهور آثار تتيح التـــعرف علـــى هـــذا التعـــديل . (١٥٩)

ثالثا– تعريف و توصيف شهادات اعتماد التوقيع الإلكتروني

- حرصا من المشرع الأوروبي على انضباط إجراءات إصدار شهادات اعتماد المحررات الموقعـــة إلكترونيا و التي لا يملك القضاء أمامها أي سلطة تقديرية , فقد جاء نص المادة ٣ من التوجيه بتعريف شهادات اعتماد التوقيع و تحديد مواصفاتها على النحو التالي : " الشهادة الإلكترونية تربط بـــين أداة التوقيع و بين شخص معين و تؤكد شخصية صاحب التوقيع من خلال استيفاء الشـــروط الـــواردة بالملحق رقم ١ , و تقوم بمنح هذه الشهادة جهة مختصة بتقديم هذه الخدمات بعد استيفاء الشـــروط الواردة بالملحق رقم ٢ . " (١٦٠)

(١٥٩) Alain BENSOUSSAN et Yves LE ROUX , cryptologie et signature electronique, Hermes ,1999, n1-1 et s. , p.11 et s. .

(١٦٠) و قد تولى مشروع التوجيه تفصيل الشروط المشار إليها في المادة السابقة في الملحقين رقم ١و ٢ .

رابعا- شروط الصحة القانونية للتوقيع الإلكتروني

- ورد نص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من مشروع التوجيه الأوروبي بإلزام المشرع الداخلي في الدول الأوروبية بوضع النصوص القانونية التي من شأنها إسناد الاعتراف بصحة التوقيع إلى إصدار شهادة اعتماد تقدمها جهة مختصة في تقديم هذا النوع من الخدمات و تستوفي الشروط الواردة بالملحق رقم ٢ . و قد ألزم نص هذه المادة المشرع الداخلي باعتبار التوقيع الإلكتروني الذي يتم إصداره على النحو السابق مستوفيا للشروط التي يتطلبها القانون في التوقيع المعتمد قانونا و أن يمنح هذا التوقيع ذات الحجية القانونية المقررة للتوقيع الخطي .

كذلك فقد ورد نص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من مشروع التوجيه بإلزام المشرع الداخلي بإصدار النصوص التي تسمح بعدم إهدار قيمة التوقيع الإلكتروني بل و تسمح بالاعتداد به كدليل الإثبات و تحدد حجيته حتى و إن لم يكن قد استوفى الشرائط السابقة و التي تؤدي إلى اعتباره دليلا كتابيا كاملا .

و على ذلك فإن المشرع الأوروبي قد ألزم المشرع الداخلي بتعديل قواعد الإثبات و تبني مذهب حرية الإثبات في شأن التوقيع الإلكتروني بما يتيح الإثبات بالمحررات الإلكترونية في جميع الأحوال و بغير أن يكون مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة عائقا أمام التعامل عن طريق المحررات الإلكترونية .

و نحن نعتقد بأن نص المادة ٥/٢ من مشروع التوجيه يعد من أهم النصوص التوجيهية لأنه قد أشار صراحة إلى وجوب تبني مذهب الإثبات الحر في شأن التصرفات التي يتم إبرامها من خلال استخدام المحررات الإلكترونية .

و مع ذلك , فإننا نعتقد بأن هذا النص سوف يلقى معارضة من الدول التي تتبنى نظام الإثبات المقيد أو نظاما مختلطا (مثل فرنسا) لما يؤدي إليه هذا النص من إيجاد استثناء خاص بالتعامل

بالمحررات الإلكترونية يؤدي إلى ابتلاع الاستثناء للمبدأ الأصيل , و هـو مبـدأ وجـوب الإثبـات بالكتـابة .

خامسا – مسئولية مقدم خدمة شهادات اعتماد التوقيع

يعد من مـزايا مشـروع التوجيه الأوروبي محل الدراسة أنه قد تحسـب للأضرار التي قد تنجم عن أخطاء الجـهة المقدمة باعتماد التوقيع الإلكـتروني فألزم دول المجموعة الأوروبية باحترام مبـدأ المسئولية بذات القـدر في مواجهة " كل شخـص أولى ثقته في المحـررات و التوقيعات الإلكترونية بناء على الثقة المشـروعة في الشهادات الصادرة عن هـذه الجهـة و بصفـة خاصـة في شـأن :

١- مـا ورد بهـذا الاعتمـاد مـن تحديـد لشـخصية صـاحب التوقيـع .

٢- صحـة البيانـات الـتي تضمنتـها الشـهادة في تـاريخ تسـليمها .

٣- الارتباط بين معطيات إصـدار التوقيـع و معطيـات التحقـق منـه و مراجعـة صحتـه .

كل ذلك ما لم يثبت مـقدم الخدمة أنه لم يرتكب أي خـطأ في تقديمها . " .

و في شأن تفصيل حدود مسئولية مقدم خدمة شهادات اعتماد التوقيع ورد نص المادة ٢/٦ بعـدم مسئولية جهة اعتماد التوقيع عن الأخطاء المتعلقة بالبيانات التي تتضمنها الشهادة الممنوحة متى كـانت هذه البيانات مقدمة من صاحب التوقيع و أثبت مقدم الخدمة أنه اتخذ كل الإجراءات الممكنة لمراجعة صحة هذه البيانات .

– و في مقابل إقرار مبدأ مسئولية جهة اعتماد الشهادات فقد خول مشـروع التوجيـه هـذه الجهات و ضع بعض القيود الخاصة باستخدام الشهادة بما يؤدي إلى تحديد نطاق المسئولية , و مـن ذلك على سبيل المثال حق هذه الجهات في تحديد مدة سريان الشهادة , و هو ما يعني بالتالي تحديـد المسئولية عن الأضرار التي تقع أثناء مدة صلاحية الشهادة . كذلك يمكن لجهات إصـدار شـهادات

اعتماد التوقيع تحديد مسئوليتها عن التعامل بموجب هذه الشهادة من خلال وضع سقف (حد أعلى) لقيمة التصرفات التي يمكن التمسك بالشهادة لإثباتها .

سادسا – حماية الحق في الخصوصية و حماية سرية المعلومات

– لم يغفل مشروع التوجيه ما يترتب على إيجاد جهات اعتماد التوقيعات المرتبطة بالمحررات الإلكترونية من إتاحة البيانات الشخصية و المعلومات المتعلقة بمعاملات الأشخاص القانونية على وسائط إلكترونية مما قد يمثل انتهاكا للحق في الخصوصية أو لسرية المعلومات .

لذلك فقد ورد نص المادة الثامنة من مشروع التوجيه بإلزام المشرع الداخلي بإخضاع مقدم خدمة شهادات اعتماد التوقيع الإلكتروني للنصوص القانونية المنظمة لحماية الحياة الخاصة و حماية سرية المعلومات .

خلاصة .

– نستخلص من معالجة المشروع الأوروبي الخاص بالإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية أنه تبنى المبادئ الأساسية التالية .

١– وضع تعريف وصفي للتوقيع في القانون المدني يسمح بالاعتداد بالتوقيع بمجرد أدائه لوظيفته (تحديد الشخصية و التعبير بوضوح عن الرضاء و القبول بمضمون المحرر الذي تم إصدار التوقيع بشأنه و الالتزام بما يترتب عليه من آثار قانونية) , و طالما تم تأكيد سلامة المحرر **intergrite** و عدم تعديله و انتسابه لصاحب التوقيع **impertabilite** .

٢- استمرار استلزام الكتابة في شأن التصرفات القانونية ذات القيمة الكبيرة , و لكن يرفع حد نصاب حرية الإثبات من ٥٠٠٠ فرنك إلى قيمة أعلى (من ١٠٠٠٠ إلى ١٥٠٠٠ فرنك) بما يسمح بتيسير الكتابة الإلكترونية .

٣- وضع النصوص التي تساوي بين المحرر الإلكتروني و المحررات العرفية من حيث القيمة و الحجية في الإثبات طالما كان التوقيع الإلكتروني موثوقا به و كان المحرر تتحقق به شروط الاستمرارية و عدم القابلية للتعديل و الارتباط بما لا يقبل الانفصال عن التوقيع .

٤- إنشاء قرينة قانونية بسيطة على صحة المحرر و التوقيع , و بالتالي قبولهما كدليل كتابي كامل , بشرط أن يتم تقديم شهادة باعتماد الوثيقة و التوقيع من جهة متخصصة تخضع في إنشائها و ممارستها لعملها لرقابة الدولة . (١٦١)

المبحث الثاني

التدخل التشريعي بشأن تنظيم الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية في فرنسا

- ندرس في هذا المبحث و على التوالي , مبررات التدخل التشريعي في شأن تنظيم الإثبات بالمحررات الإلكترونية (المطلب الأول) , ثم نستعرض الحالات الخاصة التي بدأ المشرع بتضمين الإثبات بالمحررات الإلكترونية فيها (المطلب الثاني) و نعرض بعد ذلك لأهم المحاور التي ورد بها تقرير مجلس الدولة الفرنسي في شأن إيجاد تنظيم إطاري عام للإثبات بهذه المحررات (المطلب الثالث) و ننتهي أخيرا بعرض مشروع القانون الفرنسي في شأن تنظيم الإثبات عن طريق المحررات الموقعة إلكترونيا (المطلب الرابع) .

---

(١٦١) Rapport du conseil d'état , internet et réseaux numériques , la documentation française , 1998 , p. 243 .

المطلب الأول

مبررات التدخل التشريعي لتنظيم الإثبات عن طريق المحررات العرفية في فرنسا

- أصبح استخدام الإنترنت في إبرام العقود على المستويين الداخلي و الدولي أمرا واقعا تحرص حكومات العالم قاطبة على تشجيعه و تحفيزه لما له من آثار إيجابية على ازدهار التجارة و النمو الاقتصادي . [(١٦٢)]

و مع أن وظيفة القانون الأساسية هي رصد و تنظيم الظواهر الاجتماعية مع حظر الظواهر السلبية من ناحية و حفز الظواهر الإيجابية من ناحية أخرى [(١٦٣)] , فإن التنظيم القانوني لإبرام التصرفات عن طريق الإنترنت قد تخلف عن ملاحقة التطورات السريعة في هذا المجال .

- و بالرغم من أنه قد أمكن الاستعاضة عن التدخل التشريعي خلال السنوات السابقة بالاتفاقات الخاصة بتعديل قواعد الإثبات خصوصا في مجال التعامل عن طريق الشبكات الإلكترونية الخاصة , كما هو في شبكات البنوك و التأمين الصحي ؛ إلا أنه و بازدهار التعامل عن طريق شبكة الإنترنت التي يستطيع أي شخص يمتلك جهاز حاسب آلي من الدخول فيها و التعامل من خلالها , فقد تراجعت فرصة إبرام تلك الاتفاقات الخاصة بتعديل قواعد الإثبات . [(١٦٤)] و في ظل هذا الوضع

---

(١٦٢) و تشهد في مصر في السنوات الأخيرة اهتماما شديدا بالتكنولوجيا على وجه العموم و باستخدام شبكة الإنترنت على وجه الخصوص .

(١٦٣) أ.د. نعمان محمد خليل جمعه , دروس في المدخل للعلوم القانونية , دار النهضة العربية , ١٩٧٧, ف ٩ وما بعدها , ص ٥ و ما بعدها ؛ أ.د.حمدي عبد الرحمن , نظرية الحق , دار الفكر العربي , ص ١٨ و ما بعدها ؛ أ.د. نعمان جمعة , دروس في المدخل في العلوم القانونية , دار النهضة العربية , ١٩٧٨ , ص٣ و ما بعدها .

(١٦٤) Yves JOUMOUTON , réseau internet et responsabilité extracontractuelle en droit belge , revue européenne de droit de la consommation , 1999 , doct. , p. 5 et s. .

الجديد لم يعد من الممكن استخدام المحرر الإلكتروني في الإثبات إلا من خلال إلحاقه بالمحررات العرفية الموقعة بالطرق التقليدية .

لكن قبول الإثبات بالمحرر الإلكتروني صادف — و كما قدمنا — عقبات كثيرة من أهمها صعوبة اعتبار التوقيع الإلكتروني مستوفيا للشرائط التي تؤهله لأداء وظيفته في الإثبات بوصفه العنصر الجوهري في الأدلة الكتابية الكاملة . (١٦٥)

– و بالرغم من المعطيات السابقة فقد ذهب بعض الفقه إلى عدم الحاجة إلى تدخل المشرع بتعديل نصوص قانون الإثبات (١٦٦) ؛ إذ يعتقد أصحاب هذا الرأي أن القضاء يستطيع و في ظل النصوص الحالية أن يقدر مدى توافر العناصر و الشروط اللازمة في المحرر المعد كدليل للإثبات في المحررات الإلكترونية , و بالتالي يقبل أو لا يقبل بها كدليل للإثبات ؛ ثم يقدر بعد ذلك مدى حجيتها في الإثبات . (١٦٧)

هذا و لقد استند أصحاب الرأي السابق إلى المرونة التي أظهرها القضاء في فهم و تفسير النصوص الحالية المنظمة للإثبات بما أتاح القبول بالمحرر الإلكتروني في إثبات التصرفات القانونية متى استوفى الشروط التي تطلبها المشرع في المحررات العرفية . ذلك أنه و في مجال التجارة الإلكترونية و بسبب ظهور أنواع جديدة من التوقيعات (السالف الإشارة إليها) , و بسبب ظهور تقنيات تأمين هذه

---

(١٦٥) D. AMMAR , preuve et vraisemblance , contribution a' l'étude de la preuve technologique , RTD civ. , 1993 , p. 532 et s. .

(١٦٦) A. MYNARD , télématique et preuve en droit civile quebecois et français , une antinomie § , D.I.T., 1992 , p. 21 et s. .

(١٦٧) D.MOUGENOT , droit de la preuve et technologies nouvelles , synthèse et perspectives , droit de la preuve – formation permanente, CUP, vol. XIX , oct. 1997 , p.98 et s. .

التوقيعات و منحها بالتالي من الناحية الواقعية ثقة تسمح لها بأداء وظيفتها في الإثبات ؛ فقد قبل القضاء الفرنسي هذا النوع الحديث من التوقيعات . (١٦٨) و من ذلك قبول القضاء بالتوقيعات التي تتم من خلال استخدام بطاقة الائتمان مقترنة بالرقم السري . (١٦٩)

هذا و قد أكد القضاء السابق على أن ما يهم في التوقيع هو توفر العنصر المعنوي , أي إرادة صاحب التوقيع في وضعه على المحرر ليثبت من خلاله اتجاه إرادته إلى القبول بالتعاقد و الالتزام بما يترتب عليه من آثار قانونية . فإذا ما أمكن إثبات توفر هذا العنصر المعنوي بواسطة أي تقنية من التقنيات التي ترتبط بإصدار التوقيع الإلكتروني , فإن هذا التوقيع يجب أن يتساوى في قيمته الثبوتية مع التوقيع الخطي التقليدي , حتى لو كان هذا التوقيع يتم بمجرد الضغط على لوحة المفاتيح . (١٧٠)

كذلك – و كما عرضنا فيما تقدم – فقد لجأ القضاء إلى التوسع في الاستثناءات الواردة على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة من أجل القبول بالمحررات العرفية في إثبات التصرفات القانونية المدعى بها في الحالات التي لا تستوفي فيها هذه المحررات الشروط اللازمة لاعتبارها أدلة كتابية كاملة . (١٧١)

---

(١٦٨) Cass. civ. 2e ch. 18 dec. 1978 , Bull. Civ. , n280 , p.214 ; civ. 1re , 30 juin 1987 , Bull. Civ. , n 210 , p.155 .

(١٦٩) C.A. Montpellier , 1re ch. , 9avril 1987 ;

و قد أيد قضاء محكمة النقض هذا الحكم في الثامن من نوفمبر عام ١٩٨٩ :

Cass. civ. 1re ch.8 nov. 1989 , Bull. Civ. I , n 342 .

(١٧٠) A. BENSOUSSAN , le commerce electronique , aspects juridiques , Ed. Hermes , 1998, n 3 –1 et s...

(١٧١) أنظر ما تقدم ص ٦١ و ما بعدها .

– على أنه و بالرغم من توجهات الفقه و القضاء السالف عرضهما , فإننا نعتقد بأنه لا يمكن الاكتفاء بهذه الأحكام القضائية المتفرقة للقول بوجود إطار عام أو نظرية عامة تحكم الإثبات بموجب المحررات الإلكترونية . (١٧٢)

كذلك – و كما سبق بيانه – فإنه لا يمكن الاكتفاء بالتوسع في الاستثناءات الواردة على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة , لأن في ذلك إقرار بأن المحرر الإلكتروني لا يضاهي المحرر العرفي من حيث القدرة على توفير الثقة في شأن انتسابه لمصدره و في شأن صحة ما ورد به من بيانات . و مما لا شك فيه أن الإقرار بذلك يخالف واقع الأمور , إذ أن المحررات الإلكترونية متى أمكن ربطها بالتوقيع الإلكتروني بتقنيات تأمين المحرر و التوقيع توفر قدرا من الثقة لا يمكن لأي محرر مدون خطيا على الأوراق توفيره . (١٧٣)

و بالإضافة إلى ما تقدم فإن ترك تقدير مدى القبول بالمحرر الإلكتروني و تقدير حجيته في الإثبات لقاضي الموضوع , يؤدي إلى فقدان الثقة في المحررات الإلكترونية و عدم إمكان الاستناد إليها كأدلة مهيأة للإثبات , طالما أن الشك في استيفاء شروطها يظل قائما إلى أن يحسمه قرار القاضي و بشأن كل حالة على حدة . (١٧٤)

---

(١٧٢) Christophe DEVYS , du sceau numérique ..à la signature numérique , rapport intermediaire de l'observatiore juridique des technologies de l'information (OJTI) , mai 1992 , p. 1 et s. .

(١٧٣) D. GOBERT , la sécurisation des échanges par la reconnaissance de la signature electronique , conditions d'existence des reseaux d'avocats , in multemedia , le cyberavocat, formation permanente CUP, vol. XIX , liege- namur , fev. 1999, p.173 et s. .

(١٧٤) D. MOUGNOT , op.cit. , p.99 et s. ; cass. civ. , 11 janv. 1994 , Bull. Civ. v, n 16 , p. 13.

أخيرا , فإنه و حتى بفرض تمكن القضاء من تحقيق الاستقرار في مجال الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية , فإن ذلك سيقتضي وقتا طويلا يظل خلاله إثبات التصرفات المبرمة عن طريق الإنترنت معاقا مما قد يؤدي إلى الإحجام عن هذا الأسلوب من أساليب إبرام العقود . (١٧٥)

- و من المنطلقات السابقة و في ظل هذه المعطيات فقد تحرك المشرع الأوروبي و على النحو السابق بيانه نحو دعوة الدول الأوروبية إلى إصدار التشريعات في هذا المجال و التنسيق فيما بينها بالنظر إلى أن التصرفات التي تتم عن طريق الإنترنت تتم في معظم الأحوال بين أطراف تنتمي إلى دول مختلفة .

- و في ضوء ما تقدم نجد أن المشرع الفرنسي أيضا - و بالرغم من عدم صدور القانون الخاص بتنظيم الإثبات في مجال التعاقد عن طريق الإنترنت حتى الآن - قد اتخذ العديد من المبادرات في شأن بعض المعاملات الهامة التي تتم عن طريق الشبكات الرقمية , ثم بدأ في الإعداد لمشروع قانون يعتبر الإطار العام في هذا المجال . و من أجل الإعداد لهذا التشريع الهام فقد كلفت الحكومة مجلس الدولة الفرنسي بإعداد تقرير في شأن تنظيم الإثبات عن طريق المحررات و التوقيعات الإلكترونية يعد و بحق النواة الأساسية في التطور التشريعي الذي بدأت مسيرته النشطة في فرنسا منذ صدور هذا التقرير عام ١٩٩٨ .

كذلك و على اثر صدور هذا التقرير من مجلس الدولة الفرنسي فقد كلف مجلس الوزراء لجنة من كبار أساتذة القانون في فرنسا بإعداد مشروع لإدخال التعديلات اللازمة على نصوص التقنين المدني المتعلقة بالإثبات من أجل استيعاب التقنيات الحديثة في مجال تدوين المحررات و التوقيع الإلكتروني .

---

(١٧٥) G. GOUBEAUX et Philippe BIRH , la preuve , in encyclopedie Dalloz , droit civile , n 489 et s. .

المطلب الثاني

التدخل التشريعي بتنظيم إثبات بعض الأنواع الخاصة من المعاملات التي تتم عن طريق الشبكات الرقمية

- إن تنظيم الإثبات في مجال التصرفات التي تتم عن طريق شبكة الإنترنت يحتاج إلى تدخل المشرع من خلال تعديل القواعد العامة المنظمة لإثبات التصرفات القانونية بما يغطي كافة أنواع المعاملات و التصرفات القانونية .

و مع ذلك و بالرغم من التأخر في إصدار القانون المتعلق بتعديل القواعد العامة للإثبات و التي يتضمنها التقنين المدني الحالي , فإن المشرع الفرنسي قد بادر بالتدخل بتنظيم قبول المحررات الإلكترونية و تحديد قوتها في الإثبات بصدد المعاملات أو التصرفات القانونية التي تتم عبر الشبكات الرقمية في حالات خاصة و بشأن قطاعات حيوية مثل المعاملات التي تتم مع جهة الإدارة و في قطاع التأمين الصحي . (١٧٦)

أولا- منح المحررات الإلكترونية الحجية المقررة للدفاتر التجارية الورقية

- حيث شاع استخدام الحاسب الآلي في تدوين الحسابات التجارية و استعاض به التجار عن الدفاتر الورقية , فقد استجاب المشرع الفرنسي لذلك و أصدر القانون رقم ٣٥٣/٨٥ في ٣٠ أبريل ١٩٨٣ بشأن السماح باستخدام الوسائط الإلكترونية و المستخدمة في تدوين حسابات التجار و

(١٧٦) CF. Michel VAN HUFFEL , services financiers et contrats conclus a' distance , revue européenne de droit de la consommation , p. 48 et s. .

الشركات التجارية كبديل عن الدفاتر التجارية و منحها ذات الحجية المقررة لدفاتر التجار بموجب القانون المدني الفرنسي .[(١٧٧)]

كذلك و استكمالا لتيسير استخدام الوسائط الإلكترونية في المعاملات التجارية , فقد عدل المشرع نص المادة ٤٧ من قانون الضرائب الفرنسي ليسمح بقبول الإيصالات و فواتير الشراء المدونة و المتبادلة عبر الوسائط الإلكترونية في الإثبات في العلاقة بين جهات الربط الضريبي و العملاء من الشركات التجارية و التجار .

و لقد استكمل المشرع السير في التوجه السابق بإصدار المرسوم بقانون رقم ٣٣٧/٩٩ في ٣ مايو ١٩٩٩ بتعديل المادة ٢٨٩ من قانون الضرائب الفرنسي ليسمح بقبول جميع المحررات المدونة على الوسائط الإلكترونية للإثبات في مواجهة جهات الربط الضريبي و منحها ذات الحجية المقررة للمحررات المدونة خطيا على الأوراق .[(١٧٨)]

ثانيا– تنظيم حجية المعاملات و التصرفات القانونية التي تتم عبر الشبكات الرقمية في مجال التأمين الصحي

– صدرت في فرنسا اللائحة رقم ٢٧١/٩٨ و الخاصة بتنظيم المعاملات و التصرفات القانونية في مجال التأمين الصحي في التاسع من أبريل ١٩٩٨ . و قد حرص المشرع في هذه اللائحة على الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني الذي يتم عن طريق استخدام البطاقة الإلكترونية للتأمين الصحي و إلزام أجهزة الدولة و مؤسساتها بالاعتراف بهذا التوقيع .

---

(١٧٧) ثم صدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون برقم ١٠٢٠/٨٣ في ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ .

(١٧٨) J.O. 4 MAI 1999 , P. 649 .

لذلك فقد ورد نص المادة الثانية بأنه : " بشأن التصرفات التي تتم عن طريق الوسائط الرقمية في خصوص بطاقة التأمين الصحي لأصحاب الحرف , فإن التوقيع الإلكتروني الذي يتم عن طريق هذه البطاقة يعد ملزما لأجهزة الدولة و مؤسساتها في شأن الاعتراف به و بدلالته على شخصية مصدره و ارتباطه بالمحررات التي تم إصداره بشأنها ارتباطا لا يقبل الانفصال ولا التعديل سواء بالنسبة لمضمون الوثيقة أو بالنسبة للتوقيع . فإذا تم التوقيع على هذا النحو فإن المحررات الإلكترونية المذكورة تعد دليلا كتابيا كاملا مقبولا للإثبات و حجة على صاحب التوقيع . " (١٧٩)

هذا و قد صدر القرار الوزاري الخاص بتحديد المواصفات المادية و الفنية للبطاقة الإلكترونية الخاصة بالتأمين الصحي في ذات اليوم الذي صدرت فيه اللائحة السابقة. و لقد جاء هذا القرار موضحا التقنيات الفنية الخاصة بتأمين سرية التوقيع و تأمين ارتباطه بالمحرر الموقع عليه و عدم قابليتهما للتعديل إلا من خلال التعرف على تاريخ التعديل و حجمه , و ذلك بقصد حماية البيانات و التوقيع و توفير الثقة فيهما . (١٨٠)

- ويتضح لنا من هذا التدخل التشريعي أن المشرع الفرنسي قد اتخذ خطوة هامة و مباشرة نحو الاعتراف بالمحررات الموقعة إلكترونيا و مساواتها بالمحررات العرفية من حيث مدى قبولها و حجيتها في الإثبات . (١٨١)

(١٧٩) Decret n 98-27 du 9 avril 1998 , JO du 12avril 1998 , p. 514 .

(١٨٠) Arrêté du 9 avril 1998 , relatif aux spécifications physiques et logiques de la carte de professionnel de santé , Jo . du 16 avril 1998 .

(١٨١) M.H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL , le commerce electronique vaut bien une reforme du droit de la preuve , JCP. Entreprise et affaires , n 51 , 17 dec. 1998 , p. 2016 et s. .

– على أنه و بالرغم مما سبق فإننا نعتقد بأن اعتراف المشرع الفرنسي بقوة المحرر الإلكتروني في الإثبات في هذه الحالات الخاصة و بقدر ما يوضحه من انتباه المشرع لأهمية تنظيم الإثبات في هذا المجال , إلا أنه يؤكد صحة ما توجه إليه الفقه و القضاء من رفض قبول هذا النوع من المحررات في الإثبات بالنظر إلى عدم انطباق وصف الدليل الكتابي عليها .

– و مع ذلك فإن الملاحظة السابقة يخفف منها أن الإعداد للمشروع الإطاري لتعديل قواعد الإثبات بما يسمح باستيعاب المحررات الإلكترونية كان قد بدأ فعلا في فرنسا في وقت معاصر لإصدار هذه التشريعات الخاصة .[١٨٢]

ثالثا– تنظيم الإثبات بالمحررات الإلكترونية في مجال معاملات الأفراد مع جهات الإدارة

– بهدف تيسير معاملات المواطنين مع جهات الإدارة الحكومية فقد أتاحت الحكومة الفرنسية جميع النماذج التي يتم تحريرها لتقديم الطلبات الخاصة بمعاملات الأفراد على الشبكة الرقمية (الإنترنت و شبكة المينيتل Minitel الفرنسية) .

و لقد سمح هذا الإجراء بتيسير كبير في معاملات الأفراد مع جهات الإدارة سواء من حيث عدم الحاجة إلى الانتقال و التواجد ماديا بالمكاتب الإدارية , أو من حيث تخفيض حجم التعامل الورقي الذي يؤدي تكدسه إلى تراكمات تعرقل حسن أداء المرفق لوظيفته .[١٨٣]

– على أنه و بالنظر إلى إمكان الطعن في مدى القبول و الحجية في الإثبات بشأن النماذج المرسلة عن هذا الطريق إلى جهة الإدارة , فقد تدخل المشرع الفرنسي بإصدار القانون رقم ٩٤-١٢٦ في

---

[١٨٢] و هو ما يتضح من العرض الذي نقدمه في المطلبين الثاني و الثالث من هذا المبحث .

[١٨٣] و من ضمن أهم تطبيقات هذا النوع من المعاملات نشير بصفة خاصة إلى إتمام نماذج الإقرارات الضريبية على شاشة الحاسب الآلي و إرسالها إلى مأمورية الضرائب المختصة عبر الشبكة الرقمية .

فبراير ١٩٩٤ ثم اللائحة الوزارية رقم ٦٨/٩٩ لعام ١٩٩٩ لتنظيم الإثبات بواسطة هـذه المحـررات الإلكترونية في هذا المجال من مجال المعاملات .

– و حيث أن الهدف من وضع هذه النماذج على الشبكة – و كما سبق بيانه – هـو تمكـين الأفراد من التعامل مع جهات الإدارة بدون حاجة إلى الانتقال و التواجد ماديا أمام الموظف المختـص , فقد وردت نصوص هذه اللائحة السالف الإشارة إليها بأن : " لا تستطيع الـوزارات و جـهات الإدارة و المصالح الحكومية رفض الطلبات المقدمة من الأفراد عن طريق الشبكة الإلكترونية , و تكون لهذه المحررات قوة المحرر العرفي في الإثبات طالما أنه لم يوجد ما يدل على أنه قد حدث تلاعب بهـا أو تعديل فيها على الموقع الخاص بجهة الإدارة " . (١٨٤)

– و يعد هذا النص ذو أثر كبير في اعتراف المشرع بقوة المحررات الإلكترونية في الإثبات و ذلـك لضخامة حجم المعاملات التي يتم إنجازها يوميا عن هذا الطريق مع جميع جهات الإدارة الحكومية .

– و جدير بالإشارة في هذا الصدد أيضا أن المشرع قد قفز قفزة هائلـة في مجـال الاعـتراف للمحررات الإلكترونية المتبادلة مع جهة الإدارة بالحجية في الإثبات و التي تجاوزت الحدود الـتي ورد بها المشروع المعدل لنصوص قانون الإثبات ذاته . ذلك أن المشرع في مجال المعاملات الإدارية أعطـى المحرر الإلكتروني حجية الدليل الكتابي الكامل بالرغم من أن التوقيع الإلكتروني في هذا النـوع مـن المحررات يعد من أضعف أنواع التوقيع الإلكتروني في دلالته على انتسابه لصاحبه و ارتباطه بمضمـون المحرر . فالتوقيع الإلكتروني في التخاطب عن طريق نماذج الإدارة يتم عادة بالضغط بالموافقـة علـى إرسال المحرر لجهة الإدارة في لوحة المفاتيح أو على شاشة الجهاز . (١٨٥) و يعني ذلك أن هذا النـوع

---

(١٨٤) Decret n 99-68 , J.O., 4 fev. 1999, p. 1775 .

(١٨٥) أنظر ما تقدم ص ١٠٢

من أنواع التوقيع ليس مؤمنا بأي شفرة خاصة أو وسيط (جهاز) مادي يضمن عدم التلاعب في مضمون المحرر .

و مع ذلك فإن تدخل المشرع بمنح المحررات الإلكترونية حجية الدليل الكتابي الكامل في الإثبات له ما يبرره . ذلك أن هذه المحررات يتم إرسالها إلى جهة الإدارة التي تحتفظ بها على الوسائط الإلكترونية التي تخضع لإجراءات تأمين خاصة بحيث لا يستطيع الدخول إلى المعلومات المسجلة عليها إلا الموظف المختص بواسطة أجهزة و شفرات (أكواد سرية) خاصة . و بإضافة إجراءات التأمين السابقة إلى الثقة المفترضة في أعمال جهات الإدارة الحكومية , فإن المشرع قد استطاع إقامة القرينة التي أوصى مجلس الدولة بها في تقريره (الذي ندرسه في المطلب التالي) و ذلك بالنص الصريح على صحة ما ورد بهذه المحررات من بيانات .

و مع ذلك فإن المشرع قد تحسب لاحتمالات التدخل الخارجي على منظومة الإدارة الإلكترونية أو محاولات التلاعب الأخرى , فجعل هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس بتقديم الدليل على حدوث تلاعب أو تعديل بهذه المحررات أو بالموقع الخاص بجهة الإدارة على الشبكة .

المطلب الثالث

جهود مجلس الدولة و الفقه في فرنسا نحو إعداد مشروع قانون يسمح باستيعاب التكنولوجيات الحديثة في تدوين المحررات و توقيعها إلكترونيا

– ظهرت الحاجة الملحة إلى تعديل قانون الإثبات منذ بدأ تشغيل الإنترنت و استخدامه في مجال إبرام العقود . على أن زيادة حجم المبادلات و التعاملات التجارية على الشبكة قد دفع بالحكومات في العديد من الدول إلى السعي نحو تنظيم التعامل عن طريق الإنترنت تنظيما خاصا , و هو ما رأينا

نموذجا له في سعي الدول الأوروبية إلى إصدار توجيه أوروبي لتنسيق التشريعات الداخلية في هذا الصدد . (١٨٦)

و في ضوء الحاجة إلى الاعتراف بالمحررات و التوقيع الإلكتروني في الإثبات و الاعتراف بحجيتها كدليل كتابي كامل من أجل استقرار المعاملات التي تتم عن طريق الوسائط الإلكترونية , فقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي تعريفا متوسعا في تحديد المقصود بالتوقيع في التقرير الذي كلفته به الحكومة الفرنسية بهدف دراسة مشكلات الإثبات المتعلقة بالوسائط الإلكترونية .

و نحن نعتقد بأن ما ورد في التقرير السابق من دعوة إلى تعديل تعريف التوقيع في التقنين المدني , (الفرع الأول) يعد أول خطوة جادة نحو الدعوة التي دعمها الفقه الفرنسي (الفرع الثاني) بهدف إدخال التعديلات الضرورية على نصوص الإثبات في التقنين المدني و التمهيد لإعداد مشروع القانون الفرنسي في هذا الشأن .

الفرع الأول

مقترحات مجلس الدولة الفرنسي بشأن التدخل التشريعي في مجال استخدام المحررات الموقعة إلكترونيا في الإثبات

– توصل مجلس الدولة الفرنسي في التقرير الذي كلفته به الحكومة بشأن استخدام المحررات الموقعة إلكترونيا في الإثبات إلى ضرورة الاعتراف بالمحررات الموقعة إلكترونيا بذات الحجية المقررة

---

(١٨٦) أنظر أيضا مشروع القانون البلجيكي الذي تبناه مجلس الوزراء تمهيدا لعرضه على البرلمان (قرار مجلس الوزراء في ١٤ أكتوبر ١٩٩٩) .

Didier GOBERT , projet de loi signature electronique , déposé à la chambre , droit et nouvelles technologies , actualités , 11 fev. 2000 , p.2 .

للمحررات العرفية في الإثبات [١٨٧] , بشرط ألا يكون في الظروف المحيطة بالتعاقد ما يؤدي إلى الشك في صحة التوقيع أو المحرر أو في انتساب المحرر إلى صاحب التوقيع . [١٨٨]

و هكذا فإن المقترح المبدئي لمجلس الدولة الفرنسي قد ذهب إلى الاعتراف للمحرر الإلكتروني بذات الحجية المقررة للمحررات العرفية التقليدية , ما لم يدحضه المدعى عليه أو يتبين للقاضي من ظروف تدوين البيانات على الوسيط الإلكتروني أو ظروف إصدار التوقيع تخلف أحد الشرطين الأساسيين و اللذين اعتبرهما مجلس الدولة الدعامتين الأساسيتين لوجود المحرر الإلكتروني كمحرر كتابي و كدليل في الإثبات ؛ و هما : ١- الثقة في تدوين المحرر الإلكتروني ٢-الثقة في انتساب المحرر إلى صاحب التوقيع .

و في ضوء الإيضاح السابق فقد اقترح مجلس الدولة أن يتبنى المشرع الفرنسي تعريفا وظيفيا للتوقيع يسمح بأن يتسع نطاقه ليشمل و إلى جوار التوقيع الخطي التقليدي التوقيع الإلكتروني أيضا .

و قد أورد التقرير اقتراحا بهذا التعريف الوظيفي للتوقيع على النحو التالي : " التوقيع يحدد شخصية الموقع و يفصح عن قبوله بمضمون المحرر الذي يرتبط به و بالالتزامات الواردة فيه " . [١٨٩]

و بذلك و في ضوء هذا التعريف فإن المحرر الإلكتروني الممهور بتوقيع إلكتروني يدل على اتصاله الوثيق بالمحرر , يجب الأخذ به كدليل كتابي في الإثبات كأي محرر عرفي أخر ممهور بتوقيع خطي تقليدي . لذلك و في سياق ذات التقرير السابق فإن المجلس قد دعا إلى معاملة المحرر الإلكتروني كأي

---

(١٨٧) Etienne WERY, le rapport du conseil d'état français sur l'internet et les réseaux numeriques , la bible, in droit et nouvelles technologies actualités, oct. 1998 , p.1 et s. .

(١٨٨) Consei ld'état , rapport , précité. .

(١٨٩) تقرير مجلس الدولة الفرنسي سابق الإشارة إليه ص٧٧ .

محرر عرفي في شأن قبوله في الإثبات و في شأن حجيته كدليل كتابي كامل ؛ بشرط أن يتوفر في المحرر الإلكتروني ما يلي :

١-أن يكون المحرر الإلكتروني ممهورا بتوقيع إلكتروني موثوق في صحته و في انتسابه للمحرر , و على النحو السابق بيانه .
٢- أن يكون المحرر الإلكتروني محفوظا بطريقة آمنة و تحت سيطرة أطراف العقد أو لدى شخص من الغير موثوق به .

- و في تعديل تال على المقترح السابق (تم تقديمه في ١٣ مايو ١٩٩٨) و بهدف تيسير التعامل بالمحررات الإلكترونية تقدم مجلس الدولة الفرنسي باقتراح النص على قرينة بسيطة (قابلة لإثبات العكس) بشأن توافر شروط الثقة و صحة المحررات الإلكترونية و ما يرتبط بها من توقيعات إلكترونية . و قد انتهت الدراسة بالتوصية بأن تستند هذه القرينة على تقديم شهادة من جهة متخصصة في هذا المجال تتضمن اعتمادا لصحة التوقيع الإلكتروني و لصحة انتسابه إلى صاحب التوقيع .[١٩٠]

- و الحقيقة أن هذا الاقتراح يتفق مع ما ورد في التوجيه الأوروبي في خصوص التوقيع الإلكتروني . فلقد جاء في هذا التوجيه أيضا أن المحرر الإلكتروني تفترض صحته و يعتد به كدليل كتابي كامل في الإثبات طالما كان مصحوبا بشهادة معتمدة من جهة متخصصة , و طالما أن ظروف الحال و ظاهر المحرر يدلان على سلامته و صحة انتسابه لصاحب التوقيع .

---

(١٩٠) Internet et les réseaux numériques , paris , la documentation française , 1998 , étude adopte par le conseil d'état , 2 juillet , 1998 , rapport du conseil d'état , la documentation française 1998 , p. 201 et s. .

و بما أن صحة المحرر الإلكتروني و التوقيع مفترضان بهذه القرينة ؛ فإن عبء الإثبات يقـــع مـــن يدعي بعكس ذلك , أي على من يدحض هذا المحرر أو ذاك التوقيع . (١٩١)

الفرع الثاني

دعم الفقه لمقترحات مجلس الدولة الفرنسي بشأن تعديل نصوص الإثبات

- يذهب جمهور الفقهاء إلى أن محاولات القضاء للتوسع في تحديد المقصود بالمحررات و التوقيـــع الإلكترونية يعد خروجا من القضاء عن مهمته في تطبيق القانون و تحوله إلى إنشاء قواعد قانونية تحـت ستار التفسير . (١٩٢)

- كذلك ذهب جمهور الفقهاء الفرنسيين إلى ضرورة تعديل نصوص الإثبات بحيث يتسع مبـــدأ الثبوت الكتابي للكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني .

و في هذا الصدد فقد رحب الفقيه الفرنسي لورنز LORENTZ في تعقيبه على تقريـــر مجلـــس الدولة المنشور في ٢ يوليو ١٩٩٨ بمقترحات مجلس الدولة نحو تبني تعريف وظيفـــي للتوقيـــع يتيـــح

---

(١٩١) E.A.CAPRIOLI , preuve et signature dans le commerce electronique , droit et patrimoine , n 55 , dec. 1997 .

(١٩٢) E.WERY, droit de la preuve , vers une preuve electronique , droit et nouvelles technologies , actualite , 25 janv. 1999 , p.1 et s. .

و يمكن الرجوع إلى هذه الدورية في الموقع التالي :

Http://www. Droit- technologie . org.

كذلك يمكن طلب نسخة مطبوعة من المقالات المنشورة على هذا الموقع بالاتصال بدار تحرير هذه الدورية :

ASBL" Droit et nouvelles technologies " rue de la Brasserie , 29 – 1050 Bruxelles , Belgique . E mail: info @ droit- technologie. Org.

استيعاب أنماط التوقيع و المحررات الحديثة كأدلة إثبات كتابية كاملة على نحو ما هو مقرر للمحررات المدونة بالطريقة التقليدية . و قد أكد هذا الفقيه على أن : " هناك ضرورة ملحة لإزالة كل الشكوك حول قيمة المحررات الإلكترونية و ما يصاحبها من توقيعات إلكترونية " . (١٩٣)

– على أن الفقيه لورنز لم يكتف بالتعديل المقترح على النص الخاص بتعريف التوقيع , و إنما طالب أيضا بإدخال تعديل على نصوص الإثبات بما يتيح مساواة المحررات الإلكترونية بالمحررات العرفية .

و قد أشار الأستاذ لورنز إلى أن الوضع الحالي يجعل حجية المحررات المدونة بطرق تقليدية أعلى في الدرجة من المحررات الإلكترونية بما يؤثر على التجارة و يعرقل التعامل عبر الوسائط الإلكترونية بالرغم من الدفعة الهائلة التي سمحت بها في تنشيط الاقتصاد و إهدار الحواجز المكانية و الزمانية التي كانت تحد من التعامل في السابق .

و تبدو أهمية هذا الاقتراح في ضوء ما سبق و قدمناه من أن غياب مساواة المحررات الإلكترونية بالمحررات الكتابية الأخرى أدى بالفقه و القضاء إلى محاولة إحلال نظام الإثبات الحر محل نظام الإثبات المقيد , كما وضع المحررات الإلكترونية في موضع أدنى من المحررات الكتابية الأخرى في المنازعات المعروضة أمام القضاء , و ألقى بالتالي عبء إثبات صحتها و دلالتها على صحة ما ورد بها على عاتق التمسك بها . كذلك فإن تقييم حجية هذه المحررات أصبح خاضعا لسلطة القاضي التقديرية بما يهدد الثقة في المعاملات التي تتم عن طريق الوسائط الإلكترونية .

---

(١٩٣) أنظر تعقيب الأستاذ لورنز على ما ورد بتقرير مجلس الدولة الفرنسي , موقع التعقيب بالإنترنت , ص٣٣ و ما بعدها ؛ و عنوان هذا الموقع هو :

Http: //www. Finances. Gouv. Fr/LORENTZ / travaux

– و في ضوء ما تقدم فقد نادى الفقه أيضا بضرورة إصدار نص تشريعي يقيم القرينة على صحة التوقيع الإلكتروني بحيث ينتقل عبء إثبات صحة التوقيع إلى عاتق من يدحضه , و هو ما يتطلب أن يقدم دليلا جديا و مؤسسا على التلاعب في هذا التوقيع .

– و من ضمن أهم المقترحات التي نادى بها الفقه و التي سبق أن أشار إليها تقرير مجلس الدولة الفرنسي ضرورة وضع نصوص تشريعية منظمة لشهادات صحة التوقيع و الجهات المرخص لها بإصدارها , بما يتيح في هذه الحالة استناد قرينة صحة التوقيع السالف الإشارة إليها – و بالتالي صحة المحرر الإلكتروني – إلى مثل هذه الشهادات .

المطلب الرابع

مشروع القانون الفرنسي بشأن تعديل نصوص الإثبات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني و المحررات الإلكترونية

– قام مجلس الوزراء الفرنسي و بهدف تيسير تنظيم إثبات المعاملات التي تتم عن طريق الإنترنت بتشكيل لجنة خاصة قدمت تقريرها إلى المجلس في ١٩ يناير ١٩٩٩ . و بناء على هذا التقرير فقد أصدر رئيس مجلس الوزراء الفرنسي عدة قرارات من أهمها ضرورة تعديل نصوص الإثبات في التقنين المدني بما يتيح الاعتراف للمحررات الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني بذات الحجية المقررة للمحررات الكتابية التقليدية .

و في أعقاب ذلك و في الأول من سبتمبر عام ١٩٩٩ وافق مجلس الوزراء على مشروع القانون المقدم من اللجنة السالف ذكرها و أحال المشروع إلى الجمعية الوطنية .[١٩٤]

الفرع الأول

المشروع المقدم من لجنة الخبراء

- في خصوص تحديد ماهية الكتابة ورد مشروع القانون الفرنسي و الذي أعدته لجنة من أساتذة الجامعات بتعديل نص المادة ١٣١٦ من التقنين المدني ليصبح على النحو التالي :

المادة ١٣١٦ : " يمتد الإثبات عن طريق الكتابة ليشمل كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز من الرموز ذات دلالة تعبيرية واضحة و مفهومة بواسطة الآخرين . هذا و لا تتحدد طبيعة الكتابة بنوع الوسيط المادي المستخدم و لا بطرائق نقلها في حالة الاتصال أو المراسلة بين من لا يجمعهما مكان واحد " .

لمادة ١/١٣١٦ : " تتمتع الكتابة الإلكترونية بحجية المحررات الكتابية في الإثبات بشرط أن تفصح عن شخصية محررها و أن يكون تدوينها و حفظها قد تم في ظروف تدعو إلى الثقة بها . هذا و يمكن إثبات عكس ما ورد في المحرر الإلكتروني عن طريق تقديم أدلة جدية محددة و واضحة على عدم صحة المحرر أو التوقيع الإلكتروني . و في جميع الأحوال لا يجوز استخدام المحرر الكتابي في إثبات ما يخالف أو يجاوز ما ورد في محرر كتابي مدون على وسيط ورقي و موقع عليه بواسطة أطرافه . "

---

(١٩٤) هذا و يعد المقترح بالقانون الخاص بحجية التوقيع الإلكتروني و المحررات الإلكترونية في الإثبات أحد أهم الخطوات التي يخطوها المشرع الفرنسي في مجال التنظيم التشريعي للمعاملات و أنظمة المعلومات الإلكترونية بما يتفق و متطلبات الإسراع في استيعاب التكنولوجيات الحديثة في هذا المجال .

المادة ٢/١٣١٦ : " في الحالات التي لم يرد بتنظيمها نص قانوني أو اتفاق بين الأطراف , يقوم قاضي الموضوع بالترجيح بين الأدلة . "

- و مما لا شك فيه أن مشروع القانون الفرنسي يمثل انقلابا في قانون الإثبات بما ورد فيه صراحة من التوسع في تحديد المقصود بالكتابة و إلغاء التمييز بين المحررات الكتابية بالاستناد إلى طريقة تحريرها أو نوع الوسيط المستخدم في تدوين الحروف أو الرموز . فطالما كانت الكتابة مفهومة و توضح المقصود منها للغير فهي كتابة يعتد بها في الإثبات .

و مع ذلك فقد قيد المشروع من الاعتراف للمحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات بما ورد به نص المادة ٢/١٣١٦ من الشروط الواجب توافرها في هذا النوع من المحررات .

و مما لا شك فيه أن هذا التقييد من حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات يرجع إلى التخوف من هذا النوع من أنواع الكتابة و انعدام الثقة في تأمين المحرر من التلاعب بعد تحريره .

لهذا فإن المشروع كان منطقيا حينما استكمل النص السابق بما أورده في المادة ٢/١٣١٦ من إعطاء السلطة التقديرية للقاضي لتقدير استيفاء المحرر العرفي لهذه الشروط و احتلاله لموقعه كدليل كتابي كامل . (١٩٥)

---

(١٩٥) C.F. Etienne WERY , droit de la preuve , vers une preuve electronique , 21 janv. 1999 , op. Cit . , p. 2 .

أنظر في شأن مشروع قانون لوكسمبورج في ذات المعنى :

Etienne WERY, commerce electronique , projet de loi luxembourgeois , in droit et nouvelles technologies , actualités , mars 1999 , p.1 et s. .

- و بالرغم من ذلك فنحن نعتقد في صحة النقد الذي وجهه بعض الفقه إلى هذا المشروع فيما ذهب إليه نص الفقرة الثالثة من المادة ١/١٣١٦ من تفضيل الكتابة التقليدية على وسائط ورقية على الكتابة الإلكترونية عند تعارض المحررات . (١٩٦)

فمما لا شك فيه أن النص السابق يهدر المساواة التي أقامها نص المادة ١٣١٦ سالف البيان بين المحررات التقليدية و المحررات الإلكترونية و يضعف بالتالي من قيمة التدخل التشريعي الذي يستهدف تحقيق الثقة في التعامل عن طريق الوسائط الإلكترونية .

كذلك فإن هذا النص يوضح عدم ثقة اللجنة التي وضعت المشروع في قدرة القضاء على تقييم المحرر الإلكتروني و يتناقض بالتالي مع نص المادة ٢/١٣١٦ في شأن تخويل قاضي الموضوع سلطة الترجيح في حالة المنازعة في صحة المحرر العرفي .

لذلك فإننا نعتقد بأنه كان من الأوفق عدم إدراج الفقرة الثالثة من المادة ١/١٣١٦ مع الاكتفاء بسلطة القاضي في تقييم توفر الشرائط المتطلبة في المحرر الإلكتروني . فإذا استوثق القاضي من توفر هذه الشرائط فإنه لا يكون هناك محل للتمييز بين المحرر المدون على وسيط ورقي و المحرر الإلكتروني أو تفضيل الأول على الثاني .

---

(١٩٦) E. WERY , op. Cit. , p.3 .

الفرع الثاني

الصيغة النهائية لمشروع القانون الفرنسي بشأن الإثبات بواسطة المحررات الإلكترونية

– بعد عرض الصيغة السابقة للمشروع المقدم من لجنة الخبراء أعيدت مناقشة المشروع و انتهت اللجنة المشكلة إلى طرح صيغة نهائية أقرها مجلس الوزراء في الأول من سبتمبر ١٩٩٩ و أحال المشروع إلى الجمعية الوطنية لمناقشته و التصويت على إصداره .[197]

– و يعد من أهم ما ورد في هذه الصيغة النهائية تلافي النقد الذي وجهه الفقه للمشروع السابق بشأن ما ورد في الفقرة الثالثة من نص المادة ١٣١٦/١ من تفضيل المحرر المدون على وسيط ورقي على المحررات العرفية فجاء نص هذه المادة في الصيغة النهائية للمشروع خاليا من الفقرة الثالثة محل النقد السابق .

و يعني ذلك أن مشروع القانون قد التزم بالمبدأ الذي تبناه في المادة ١٣١٦ من المساواة المطلقة بين المحررات المكتوبة أيا كان الوسيط الذي يتم التدوين عليه و أيا كانت طريقة الكتابة أو رموزها .

و مما لا شك فيه أن هذا تعديل محمود يتضح منه تنبه اللجنة القائمة على وضع المشروع في صيغته النهائية إلى التناقض الذي سبق الإشارة إليه في الطرح الأول لمقترح القانون , و ما كانت تؤدي إليه الفقرة الثالثة من إهدار لمبدأ المساواة بين المحررات المدونة إلكترونيا و بين المحررات العرفية , بالإضافة إلى إهدار الثقة في المعاملات التي تتم عن طريق الوسائط الإلكترونية .[198]

[197] يمكن الرجوع إلى الصيغة النهائية لمشروع القانون الفرنسي على الموقع التالي في شبكة الإنترنت

http: //www. Leg / france. goov. Fr. / citoyen / actualite / préparation / exp. Preuventi. Htm

[198] أنظر في ذات التوجه مشروع القانون البلجيكي

- و مع ذلك و بالرغم من أن الأخذ بالمفهوم الوظيفي للمحرر يساوي بين المحررات الإلكترونية و المحررات العرفية من حيث القبول بها في الإثبات , إلا أن ذلك لا يعد كافيا لتحقيق المساواة بين هذه المحررات من حيث الحجية في الإثبات . فطالما سكت المشرع عن تقرير المساواة بين هذين النوعية من المحررات من حيث الحجية , فإن ذلك سيؤدي إلى إبقاء تقدير مدى هذه الحجية في يد قاضي الموضوع و يلقي بالتالي بظلال الشك حول قوة هذه المحررات في الإثبات إلى أن يفصل القاضي في شأنها و بصدد كل حالة على حدة .

لذلك فإن ما جاء في تقرير مجلس الدولة الفرنسي و أيده الفقه من ضرورة إنشاء قرينة قانونية بسيطة على صحة المحرر الإلكتروني يسمح بتخطي هذه الصعوبات و يؤدي إلى المساواة بين المحرر الإلكتروني و المحررات العرفية من حيث الحجية من غير إخلال بحق المدعى عليه في إنكار توقيعه على النحو الذي يقرره القانون بالنسبة لإنكار التوقيع في المحررات المدونة و الموقعة بخط اليد .

- هذا و قد أخذ المشرع الفرنسي بالمقترح السابق في الصيغة النهائية لمشروع القانون , حيث تم تعديل المشروع الأول و أضيف نص المادة ٢ من المشروع الذي ورد بتعديل المادة ١/١٣٢٢ من التقنين المدني بحيث أصبحت تنص صراحة على المساواة بين المحررات الإلكترونية و المحررات العرفية من حيث الحجية في الإثبات . لذلك فقد ورد نص المادة الثانية من مشروع القانون بأنه :
" يدرج بعد نص المادة ١٣٢٢ من التقنين المدني نص المادة ١/١٣٢٢ كالآتي :
المادة ١/١٣٢٢ : تتمتع المحررات الإلكترونية بذات الحجية في الإثبات التي تتقرر للمحررات العرفية في الإثبات في خصوص ما يرد بها من حقوق و التزامات طالما تم التوقيع عليها . "

Didier GOBERT, projet de loi , signature electronique , déposé à la chambre , droit et nouvelles technologies, actualités, 11 fev. 2000, p.1 et s. .

– و حيث تطلب نص المادة السابقة التوقيع على المحرر , فقد كان لزاما على المشرع أن يتدخل لحسم المشكلات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني . لذلك فقد ورد نص المادة الثالثة من الصيغة النهائية لمشروع القانون بالمساواة بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع الخطي ؛ فقد جاء نص هذه المادة بأنه : " يدرج بعد نص المادة ١٣٢٢/١ من التقنين المدني نص المادة ١٣٢٢/٢ و المصاغة على النحو التالي : المادة ١٣٢٢/٢ : يشترط في التوقيع الذي يكتمل به الوجود القانوني للمحررات العرفية أن يكون محددا لشخصية صاحبه و معبرا عن قبوله بالالتزامات التي يتضمنها المحرر . فإذا كان التوقيع إلكترونيا , فإنه يجب أن يتم باستخدام إجراءات موثوق بها في الدلالة على اتصاله بالمحرر الذي يرتبط به .

هذا و تعد الثقة في الإجراء المتخذ لإتمام التوقيع مفترضة و إلى أن يثبت العكس طالما كان التوقيع ظاهرا و دالا على شخص صاحبه و مرتبطا بمحرر لا تدعو أي شواهد ظاهرة على عدم الثقة بصحة ما ورد فيه على أن يضع مجلس الدولة الشروط و الضوابط المحددة لهذه الثقة . " .

– ويتضح من هذا النص أن المشروع قد تبنى في صيغته النهائية التعريف الوظيفي للتوقيع و الذي سبق اقتراحه بواسطة الفقه و جاء في تقرير مجلس الدولة السابق دراسته . فالتعريف الذي ورد به نص المادة ١٣٢٢/٢ يعتد بالتوقيع و أيا ما كان شكله أو طريقة تحريره أو الوسيط الذي يستخدم في ذلك طالما أنه ينبئ بوضوح عن شخصية صاحبه و عن قبوله بما تضمنه المحرر الذي تم التوقيع عليه .

– ويتضح أيضا من النص السابق أن المشروع قد تبنى القرينة التي سبق و أوصى الفقه و تقرير مجلس الدولة بإصدار نص تشريعي بها , وهي القرينة البسيطة التي تفترض صحة التوقيع إلى أن يثبت العكس .

– و مع ذلك و في ظل التخوف من التلاعب في الوسائط الإلكترونية فقد قيد المشروع القرينة السابقة بوجوب إثبات أن الإجراءات المستخدمة في التوقيع الإلكتروني محلا للثقة و مؤكدة – في

ضوء التطور العلمي – لشخصية صاحبه و أن تكون شواهد الحال لا تدعو للشك في التوقيع أو ارتباطه بالمحرر .

– أما عن التخوف من أثر سلطة القاضي في تقدير مدى الثقة في التقنيات المستخدمة في تدوين المحرر و إصدار التوقيع الإلكتروني , فقد واجهه المشرع بسلب هذه السلطة من القاضي و تفويض مجلس الدولة الفرنسي في وضع الضوابط و الشروط التي يلتزم بها القاضي و يعترف بالتالي للتوقيع بالحجية المقررة للتوقيع الخطي بمجرد التحقق من توافرها .[١٩٩]

– هذا و يتميز هذا النص عن الصيغة المبدئية و عن مقترح مجلس الدولة في أنه لم يربط بين الاعتراف للمحرر الإلكتروني بالحجية في الإثبات و بين إصدار شهادة بصحة التوقيع من جهة متخصصة . و نحن نعتقد أن ذلك يمنح الثقة المنشودة في المحررات الإلكترونية في إطار متوازن .[٢٠٠]

---

[١٩٩] صدر قانون ٢٦ يوليو ١٩٩٦ بتنظيم المواصفات الفنية للتوقيع الإلكتروني و تيسير التعامل به . و منذ هذا القانون فقد سمح المشرع الفرنسي باستخدام التوقيع الذي يتم تأمينه عن طريق الشفرة و الترقيم الإلكتروني بهدف :
١-توثيق الاتصال أو تأمين الرسائل المتبادلة (و التوقيع الإلكتروني)
٢- إذا كانت الوسيلة أو الخدمة تؤمن خدمات السرية و لا تستخدم أكواد سرية تديرها منظمة معتمدة من قبل الجهة المسئولة في الدولة .

P. BENSOUSSAN et Y.LEROUX, cryptologie et signature electronique , op. Cit., n 1-2 et s. , p.14 et s. .

أنظر المواصفات التي اعتمدتها المنظمة العالمية للمواصفات و المقاييس بشأن السرية : مواصفة iso/ CEI 9979
و بشأن تأمين المحررات من التعديل أو الإضافة مع الارتباط بالتوقيع الإلكتروني iso / CEI 9796-1,2
و بشأن التوثيق في مجال المحررات الإلكترونية iso / CEI 9798 , 1,2
و بشأن طرق التوثيق و جهاته iso / CEI 13888, 1,2 و هذه المواصفات مشار إليها بالتفصيل في دورية Enjeux, le point sur la sécurité sur l'internet , n 181 , fev. 1998 , p. 55 et s. .

[٢٠٠] و يتفق مع التوجيه الأوروبي فيما قرره من ضرورة عدم إنكار قيمة المحرر لأنه إلكتروني .

فمن ناحية أولى فإن تقدير السلامة الظاهرية للتوقيع و قبوله كدليل في الإثبات ومنح المحرر المرتبط به الحجية التي تتمتع بها المحررات العرفية يخضع لرقابة قاضي الموضوع . و من ناحية ثانية فإن المشروع لم يقيد هذه الثقة بإصدار شهادة لاعتماد الترقيع من جهة متخصصة , إذ أن إصدار مثل هذه الشهادة يعني إلزام أطراف المحرر الإلكتروني بإثبات صحته , و هو ما يتناقض مع القرينة البسيطة التي نص عليها المشرع .

و مع ذلك فإن إنشاء مثل هذه الجهات المتخصصة في اعتماد التوقيع الإلكتروني و إصدار الشهادات التي تثبت سلامة إجراءات التوقيع و صحته يعد أمرا ضروريا للإثبات عندما يتمكن الخصم من تقديم أدلة تشكك في صحة هذا التوقيع أو عندما تكون هناك بعض الشواهد التي تدفع القاضي إلى الشك فيه .[٢٠١]

- أخيرا فقد جاء المشروع بتعديل نص المادة ١٣٢٦ من التقنين المدني لإزالة كل تعارض تشريعي مع المساواة بين التوقيع الإلكتروني و غيره من أساليب التوقيع التقليدية و بصفة خاصة التوقيع بخط اليد . لذلك فقد ورد النص الخاص بهذه المادة معدلا مصطلح "التوقيع بخط اليد " " "de sa main" في النص الحالي للمادة ١٣٢٦ من التقنين المدني إلى " التوقيع بواسطة الشخص " "par lui- meme" " حتى يتلافى تمسك أي من الخصوم بمصطلح " خط اليد " لرفض المحررات الموقعة إلكترونيا .[٢٠٢]

---

[٢٠١] Etienne WERY, Autorités de certification en vue de la signature digitale , avant projet de loi belge , droit et nouvelles technologies, 9 avril 1999, p.1 et s. .

[٢٠٢] أنظر ذات المعنى مشروع القانون البلجيكي الذي تبناه مجلس الوزراء بالقرار الصادر في ١٤ أكتوبر ١٩٩٩ .

Didier GOBERT , op. Cit. , p.3 .

- هذا و يسمح التعديل السابق بتخطي العقبات و المشكلات الناجمة عن اشتراط المشرع الفرنسي في حالات معينة وضع بيانات معينة بخط يد أحد الطرفين قبل التوقيع على المحرر [٢٠٣] ؛ إذ يكفي في شأن هذه الحالات أن تستبدل عبارة " بخط اليد " بعبارة " بواسطة الشخص " حتى يمكن أن يعترف للمحرر الإلكتروني بذات القيمة المقررة للمحررات المدونة بخط اليد .

[٢٠٣] كما هو الشأن على سبيل المثال فيما استلزمته المادة ١٣٢٦ من التقنين المدني في شأن عقد الكفالة الشخصية من أن يقوم به الكفيل بالكتابة بخط اليد و قبل التوقيع على العقد للقيمة التي يتدخل لكفالة الوفاء بها بالأرقام و الحروف .

خاتمة

- توجه هذا البحث إلى دراسة ظاهرة التوسع في استخدام شبكة الإنترنت لإبرام العقود و مدى تأثر استمرار هذه التقنيات الجديدة بمدى قبول المحررات الإلكترونية في الإثبات .

فبالرغم من أن الفقه و القضاء قد تمكنا من تطبيق نصوص قانون الإثبات الحالي و بدون تعديل على المحررات و التوقيع الإلكتروني بشرط توفر الشرائط الخاصة بتوفر الثقة في صدور الكتابة و التوقيع عن شخص مصدر التوقيع و الثقة في عدم حدوث تعديل عليها إلا بترك أثر مادي واضح ؛ إلا أن الحاجة إلى تدخل تشريعي أصبحت ضرورية و ملحة . فبالنظر إلى أن التأكد من توفر الشروط اللازمة في الكتابة و التوقيع تترك قبول المحرر الإلكتروني و تحديد مدى حجيته في الإثبات في موضع الشك إلى أن يحسم القاضي ذلك بصدد كل حالة على حدة , فإن تدخل المشرع أصبح ضروريا لحسم هذا الشك بشأن النمط و الأسلوب اللذان يعتد بهما في توفير هذه الثقة منذ لحظة تدوين المحرر الإلكتروني و بغير حاجة إلى انتظار حكم القضاء .

- و لقد أسفرت هذه الدراسة عن إيضاح اتجاه الفقه و القضاء و من خلفهما المشرع في أوروبا عموما و فرنسا خصوصا إلى تبني المفهوم الوظيفي للكتابة و التوقيع بما يسمح لهما باستيعاب المحررات و التوقيعات الإلكترونية .

و قد تبين لنا أن هذه الطريقة في التفسير قد ساهمت في تيسير تطبيق النصوص القانونية الخاصة بالإثبات على المحررات الإلكترونية , كما أوضحت أيضا عدم وجود حاجة إلى إدخال تعديلات جذرية على نصوص قانون الإثبات لاستيعاب التقنيات الحديثة في مجال تدوين المحررات و التوقيع عليها و أنه يكفي في هذا المجال تبني المشرع لعدد محدود من النصوص القانونية التي تتبنى هذا المفهوم الوظيفي المتسع للكتابة و التوقيع و تسمح بالاستيثاق من استيفاء المحررات الموقعة إلكترونيا للشرائط اللازمة للقيام بهذه الوظيفة منذ لحظة تدوين المحرر .

وهكـــذا تتضـــح أن حـــدود التدخـــل التشـــريعي المقـــترح تنحصـــر فيمـــــا يلـــــي :

أولا/ضرورة تدخل المشرع بوضع نص صريح بقبول المحرر المدون إلكترونيا كدليل من أدلة الإثبات :

– و في هذا الصدد يجب على المشرع أن يفرد نصا خاصا بتعريف المحرر الكتابي بدون اشـــتراط أن يتم تدوينه على وسيط معين أو بطريقة معينة حتى يترك المجال مفتوحا أمام اســـتيعاب المحـــررات المدونة إلكترونيا أو أي تطور تكنولوجي يمكن أن يحدث مستقبلا . و بذلك النص , فإن القاضي لـــن يتمكن من رفض المحرر الإلكتروني كدليل من أدلة الإثبات لمجرد أنه ليس مدونـــــا علـــى الأوراق أو مكتوبا بخط اليد . (٢٠٤)

ثانيا/ الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني و قبوله في الإثبات بذات القدر الذي يقبل به التوقيع الخطي

– إن الاعتراف بالمحرر الإلكتروني كدليل مقبول في الإثبات سيبقى محـــدود الأثـــر إذا لم يتـــم الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني و منحه أثرا مساويا للتوقيع الخطي . (٢٠٥) لذلك يجب أن يفرد المشـــرع نصا خاصا بشأن المساواة بين التوقيع الخطي و كل وسيلة أخرى للتوقيع طالما أدى التوقيع وظيفتـــه في تحديد شخصية الموقع و إظهار قبوله بالمحرر الذي تم التوقيع عليه و الالتزام بما ورد فيه . (٢٠٦)

---

(٢٠٤) projet de loi relatif a'l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies , 29 oct. 1998 , ministere de la justice 134 – 7 – CI .

(٢٠٥) إن التوقيع الإلكتروني هو العنصر الجوهري في تكوين الدليل الكتابي الكامل في ظل غياب الوسيط الورقي و التوقيعات المتصلة به . لذا يعد تأمين التوقيع الإلكتروني حجر الزاوية لإتاحة المعـــاملات مـــن خـــلال الوســـائط الإلكترونية بصفة عامة و من خلال شبكة الإنترنت بصفة خاصة , سواء على المستوى الداخلي أو على مســـتوى المعاملات الدولية .

Avis du comite economique européenne, 9811c 157101, precite. .

(٢٠٦) A.BENSOUSSAN , informatique et télécommunications , Ed. francis lefebvre 1997, n625 et s. .

ثالثا /المساواة بين المحرر الموقع إلكترونيا و المحررات العرفية من حيث الحجية في الإثبات

– إن القبول بالمحرر الموقع إلكترونيا كدليل في الإثبات لا يعني حسم الشك حول مدى حجيـة المحرر في الإثبات طالما بقى الأمر متروكا لسلطة القاضي التقديرية في تحديد مدى اسـتيفاء المحـرر و التوقيع للشروط اللازم توافرها في الأدلة الكتابية الكاملة . لذلك فإنه يصبح من الضروري أن يتدخـل المشرع من جهة أولى بسلب سلطة القاضي التقديرية في شأن تحديد مدى استيفاء التدوين الإلكـتروني و التوقيع لهذه الشروط , و ذلك من خلال إلزام القاضي بقبول التوقيع المستخدم فيه تقنيات موثـوق بها أو الذي يصدر باعتماده شهادة من جهة مختصة مرخص لها بإصدار مثل هذه الشهادات .[٢٠٧]

و من جهة ثانية يجب أن يتدخل المشرع بإيراد نص يتضمن قرينة قانونية بسيطة بصحة المحـررات الموقعة إلكترونيا – على النحو السالف بيانه – و بالتالي على مساواتها من حيث الحجية في الإثبـات بالمحررات العرفية .[٢٠٨]

رابعا / ضرورة تدخل المشرع بنص يساوي في القيمة القانونية (الحجية في الإثبات) بين مـا تم تدوينه بخط يد الشخص و ما يتم تدوينه " عن طريق الشخص "

– هذا و سوف يسمح هذا النص بتفادي المشكلات التي تنجم عن اشتراط المشرع في شأن إبرام بعض العقود أن يضع المتعاقد توقيعه بخط يده أو أن يضع عبارات معينة تفيد القبـول أو تحـديد القيـمة ... الخ . بخـط اليد .[٢٠٩]

---

[٢٠٧] ينص المشرع الفرنسي على وجوب الاحتفاظ بالمحررات الكتابية المثبتة للتصرفات القانونية لمدة مساوية لمدة تقادم الحقوق في القانون المدني و هي ١٠ سنوات في المواد التجارية و ٣٠ عاما في المواد المدنية . و لأن المحلولات العرفية لازالت مختلفة و في تطور فقد وضعت هيئة المواصفات و المقاييس الفرنسية المواصفات الفنية الخاصة بحفظ المستندات و التي تؤمنها من إدخال تعديلات عليها . المواصفة الصادرة ١٢ فبراير 013-١٩٩٩٤٢ NF

[٢٠٨] و لقد أتى تقرير مجلس الدولة الفرنسي متضمنا أهمية وضع هذه القرينة , و هو ما تبناه مشروع القـانون الفرنسي في نص المادة الثانية و المتعلقة بتعديل نص المادة ١٣٢٢/١ من التقنين المدني الفرنسي .

خامسا / ضرورة تدخل المشرع بتنظيم طرق اعتماد التدوين و التوقيع الإلكتروني

- اتضح مما تقدم أن على المشرع أن يتدخل بحجب سلطة القاضي في تقدير مدى توفر الشروط اللازمة في تقنيات التدوين و التوقيع الإلكتروني و ذلك عن طريق إنشاء جهات متخصصة في اعتماد التقنية المستخدمة في التوقيع من ناحية و في اعتماد التوقيع ذاته من ناحية أخرى .

لذلك فقد جاء مشروع القانون الفرنسي بتفويض مجلس الدولة في إصدار القرارات اللازمة بشأن تحديد التقنيات الفنية التي يعد تدوين المحرر و توقيعه بواسطتها موفرا للثقة الواجبة في الأدلة الكتابية الكاملة و التي يلتزم القضاة بقبولها و باحترام حجيتها في الإثبات على نحو مساو للمحررات العرفية .

و نقترح في هذا الصدد أن يخول المشرع المصري هذه السلطة لوزير العدل الذي يصدر قرارا بتحديد التقنيات التي تسمح بتوفير الثقة في التدوين و التوقيع الإلكتروني بناء على رأي لجنة فنية . [(٢١٠)]

كذلك فإنه من الضروري أن يقوم المشرع المصري – و كما هو الشأن في جميع التشريعات التي تعالج الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية – بتنظيم إنشاء جهات متخصصة agents de

---

(٢٠٩) و هذا هو ما انتهجه المشرع الفرنسي في مشروع القانون حيث ورد فيه اقتراح بتعديل نص المادة ٢/١٣١٦ من التقنين المدني باستبدال عبارة " التدوين بخط اليد " بعبارة " التدوين بواسطة الشخص " .

(٢١٠) و يعتبر التوقيع الرقمي صالحا لأداء الوظيفة التقليدية التي يقوم بها التوقيع الخطي ؛ بل أنه بدور يقوم بدور حاسم لم يعرفه نظام الإثبات أو التوقيع الخطي من قبل . فبينما يقتصر دور التوقيع الخطي على تحديد الشخصية في حالة إنكار الشخص للتوقيع أو نسبة المحرر إليه , فإن التوقيع الرقمي يحدد منذ توقيع المحرر و بشكل حاسم شخصية مصدر التوقيع و قبوله بمضمون المحرر . هذا و لقد أصبح من الممكن باستخدام التقنيات المتعلقة بإصدار التوقيع الرقمي تحقيق الارتباط الذي لا يقبل التعديل أو الانفصال بين التوقيع و مضمون المحرر بشكل موثوق به و بدرجة أعلى مما كانت تحققه المحررات الخطية المدونة على الوسائط الورقية .

certificationفي اعتماد التدوين و التوقيع الإلكتروني للمحررات و طرح الأكواد السرية التي تحقق الارتباط بين المحرر و التوقيع على نحو لا يقبل الانفصال إلا بترك أثر مادي ملموس . (٢١١)

- و حيث تقوم هذه الجهات باعتماد التوقيع الإلكتروني و تحديد مدى ارتباطه بمضمون المحرر , فإن على المشرع أيضا أن يهتم بتنظيم عمل هذه الجهات و كيفية حصولها على الترخيص ثم رقابتها و بصفة خاصة بتحديد مسئوليتها . (٢١٢)

---

(٢١١) إن الربط بين التوقيع الإلكتروني مع نظام المفتاح (icryptologie) يسمح بتوثيق المحررات الإلكترونية و ضمان عدم تعديل بياناتها . و تتمثل هذه الضمانات التي يسمح بها التوقيع الإلكتروني الوسيلة الأساسية لتأمين المعاملات و إيجاد الثقة في التصرفات التي تتم عن طريق شبكة الإنترنت .

Avis 98/c 157101 du comité économique et social , assurer la sécurité et la confiance dans la communication electronique , vers un cadre européen pour les signatures numériques et le chiffrement , JOCE(C) 157 du 25 mai 1998 .

هذا ويتم تأمين سرية المحررات و التوقيع بوضع نظام الأكواد و تأمين المحررات و الشفرة الخاصة تصبح قراءة المحررات أو الدخول عليها أمرا خاصا بأطرافها و لا يتمكن منه أي شخص أخر من الغير . و يؤدي ذلك بطبيعة الحال إلى توفير الثقة بهذه المحررات و في التصرفات التي تتم عن طريقها .

و يعتمد هذا النظام على أن مرسل المحرر أو التوقيع يكون هو الشخص الوحيد القادر على كتابة البيانات أو التوقيع و التعديل فيه و أن يكون المرسل إليه هو الشخص الوحيد الذي يستطيع قراءته (دون القدرة على التعديل في الكتابة المحررة بالشفرة الخاصة) .

(٢١٢) جاء في مشروع التوجيه الأوروبي تعريف مقدم الخدمة بأنه " كل شخص قانوني يقوم بتسليم شهادات للجمهور أو يعطيه خدمات مرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية " . كما جاء تعريف الشهادة المعتمدة (المواد ٢/٥ و ٢/٦ من مشروع التوجيه) بأنها " هي شهادة تصدرها الجهة المصرح لها من قبل الجهة المسئولة في الدولة توضح أنه و بمراجعة المحررات الإلكترونية الموقعة فقد تأكدت الجهة المعتمدة للشهادة من أن التوقيع الإلكتروني يحدد شخصية مصدره و يستوفي الشرائط اللازمة للثقة فيه و أدائه لوظيفته في الإثبات وفقا لما ورد في الملحق (١) من التوجيه الأوروبي . و قد جاء بالملحق رقم (١) من مشروع التوجيه أن الشهادة الصادرة باعتماد المحررات و التوقيعات الإلكترونية يجب أن تحتوي على البيانات الآتية :
١- تحديد اسم و بيانات الجهة المصدرة للشهادة على نحو واضح ٢- اسم صاحب التوقيع و لقبه و الإفصاح عن شخصيته إن كان يستخدم اسما مستعارا في التوقيع ٣- البيانات التالية و الخاصة بصاحب التوقيع (عنوانه - ذكر وضعه المالي بإيضاح وجود أحكام أو دعاوى قضائية بشأن إعساره أو إفلاسه - رقم ملفه الضريبي .)

- كذلك و لأن هذه الجهات تطلع و تحتفظ بالبيانات الخاصة بالعملاء أثناء جمع المعلومات المحددة لشخصية صاحب التوقيع , فإنه يصبح من الضروري تنظيم مدى التزامها بعرض هذه المعلومات و البيانات على جهات التحقيق أو القضاء مع تحديد الحالات و الشروط و الحدود التي يتم فيها عرض هذه البيانات بما يحافظ على السرية التي يحيط بها المشرع المعلومات المدونة و المسجلة بشكل عام .(٢١٣)

٤- بيان الإجراء المادي الذي تم اتخاذه لمراجعة التوقيع و الذي يجب أن يتطابق مع الإجراء الذي يسيطر عليه صاحب التوقيع في إصدار و مراجعة البيانات و التوقيع الذي يقوم بإصدارها ٥- ترقيم الشهادة رقما كوديا خاصة ٦- التوقيع الإلكتروني لمقدم خدمة إصدار شهادات الاعتماد ٧- مدة صلاحية شهادة الاعتماد في الحالات التي يلزم ذلك فيها ٨- حدود مسئولية مقدم خدمة شهادات اعتماد المحررات و التوقيعات و قيمة التصرفات التي تعد الشهادة مقبولة بالنسبة لها , في الحالات التي يكون ذلك فيها لازما . هذا و قد وضع مشروع التوجيه الضوابط و حدود مسئولية جهات إصدار شهادات الاعتماد و ضوابط ممارسة هذه الخدمة (الملحق الثاني من مشروع التوجيه , و المادة ٦ من المشروع) كذلك فقد ورد مشروع التوجيه الأوروبي (١٦ يناير ١٩٩٨) بشأن التوقيع الإلكتروني بضرورة التزام الدول الأعضاء في وضع النصوص التالية في تشريعاتها الداخلية :

-" استخدام العاملين المتخصصين و أصحاب المعرفة الفنية المتخصصة و الخبرة و المؤهلات اللازمة لتقديم الخدمات و خصوصا في حسن القيام بالإجراءات الخاصة بتأمين المحررات و التوقيعات الإلكترونية .

- استخدام الوسائل المأمونة و الموثوق بها و التقنيات الخاصة بإصدار التوقيعات الإلكترونية التي تسمح بتأمين المحررات و التوقيعات ضد أي تعديل غير مصرح به من صاحب التوقيع حتى لا تستخدم هذه التقنيات و المعدات المادية ضد مصالح العملاء ؛ و يجب أيضا على هذه الجهات أن تستخدم المعدات و التقنيات التي تسمح بالتحرر و التوقيع الإلكتروني الموثوق به و إصدار شهادات موثوق بها في اعتماد هذه المحررات و التوقيعات الإلكترونية " (الملحق رقم ٢ من مشروع التوجيه الأوروبي سابق الإشارة إليه) .

(٢١٣) أ.د. حسام الأهواني , المرجع السابق , الموضع السابق . و كذلك التوجيه الأوروبي الخاص بحماية سرية المعلومات .

Directive n 95-46 , 26 oct. 1995, JOCE(L) , 281 , du 23 nov. 1995 .

و أنظر كذلك ما ورد به نص المادة ٤/٨ من مشروع التوجيه الأوروبي الخاص بالمحررات الموقعة إلكترونيا و السالف دراسته و الإشارة إليه في هذا البحث , ثم القانون الفرنسي المنظم لسرية المعلومات (رقم ٩٠/١١١٧٠) .

- أخيرا و حتى يمكن استيفاء الشرط الخاص باستمرارية دليل الإثبات الكتابي و تمكين صاحب الحق من استخدام المحرر الإلكتروني على هذا النحو أمام القضاء , فإنه يجب على المشرع تنظيم التزامات الجهة مقدمة خدمة شهادات اعتماد المحررات و الموقعة إلكترونيا بالحفاظ المادي على المحررات و التوقيعات الإلكترونية و استخدام التقنيات الكفيلة لبقائها و عدم تعرضها للتلف أو الزوال لأطول فترة ممكنة تسمح بها الإمكانيات التقنية المتاحة . (٢١٤)

تم بحمد الله

---

(٢١٤) أنظر في ذلك القانون الفرنسي رقم ٧٨/١٧ الصادر في ٦ يناير ١٩٧٨ .

قائمة المراجع

أولا المراجع العربية :

أحمد عبد الرحمن الملحم

نماذج العقود و وسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها , دراسة تحليلية مقارنـــة في الفقه و القضاء الأنجلو أمريكي مع الإشارة إلى دراسة الوضع في الكويت , مجلة الحقـــوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بالكويت , س١٦ , ص٢٤٥ و ما بعدها

توفيق حسن فرج

قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية , مؤسسة الثقافة الجامعية , الإسكندرية , ١٩٨٢

جلال العدوي

مبادئ الإثبات في المسائل المدنية و التجارية

جميل الشرقاوي

الإثبات في المواد المدنية , ١٩٨٢

حسام الأهواني

- النظرية العامة للالتزام , المصادر الإرادية للالتزام , ط٣ , عام ٢٠٠٠
- الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي بحث مقدم إلى مؤتمـــر القانون و الحاسب الآلي , الكويت , نوفمبر , ١٩٨٩ .

حسن عبد الباسط جميعي

أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد , دار النهضة العربية ١٩٩٦

حمدي عبد الرحمن

نظرية الحق , دار الفكر العربي

سليمان مرقس

- أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنينات سائر البلاد العربية , ج ٢ , ١٩٨٦
- طرق الإثبات , معهد الدراسات العربية , ج٤

سمير عبد السيد تناغو

النظرية العامة في الإثبات , دار المطبوعات الجامعية , ١٩٧٧

عبد الفتاح عبد الباقي

نظرية العقد و الإرادة المنفردة , دراسة متعمقة في الفقه الإسلامي , موسوعة القانون المدني المصري , ١٩٨٤

عبد الرزاق أحمد السنهوري

- الوسيط , ج٢
- السنهوري , الوسيط , ج٦ , مج١

عبد المنعم فرج الصده

- الإثبات في المواد المدنية , ١٩٥٤
- عقود الإذعان في القانون المصري , رسالة دكتوراه , جامعة فؤاد الأول , ١٩٤٦ , ص٥٨ و ما بعدها

- مصادر الالتزام , دار النهضة العربية , ١٩٩٢ .

عبد الودود يحيي

- الموجز في النظرية العامة للالتزامات , المصادر - الأحكام - الإثبات , دار النهضة العربية , ١٩٩٤

- الموجز في قانون الإثبات , ١٩٨٧

محسن البيه

مشكلتان متعلقتان بالقبول , السكوت و الإذعان , دار النهضة العربية

محمد حسام لطفي

استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود و إبرامها , القاهرة ١٩٩٣

محمد زهرة

مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية و التجارية , بحث مقدم ضمن أعمال مؤتمر القانون و الحاسب الآلي المنعقد في الكويت في نوفمبر ١٩٨٩ .

محمد شكري سرور

- موجز في أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية , دار النهضة العربية , ١٩٧٧

- موجز في أصول الالثبات في المواد المدنية و التجارية , دار الفكر العربي , ١٩٨٦

محمود عبد الرحمن

دور القرائن في الإثبات , دراسة مقارنة , دار النهضة العربية , ١٩٨٩

نزية محمد الصادق المهدي

دروس في النظرية العامة للالتزام , الجزء الثالث , الإثبات , دار النهضة العربية , ٢٠٠٠

نعمـــان جمعـــة

دروس في المدخل في العلوم القانونية , دار النهضة العربية , ١٩٧٨

يسن محمد يحي

القرائن القانونية و حجيتها في الإثبات , دراسة مقارنة , دار النهضة العربية , ١٩٩٠

ثانيا : المراجع الأجنبية

١- المراجع العامة و التخصصية :

AMMAR D.

preuve et vraisemblance , contribution à l'étude de la preuve technologique , RTD civ. , 1993 , p. 532

AMORY B. et POULLET Y.

le droit de la preuve face à l'informatique, approche de droit compare , D.I.T., 1985 .

ANTOINE M. , BRAKELAND J.F. et ELOY M.

le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information et de la communication,cahiers du C.R.I.D.,n 7,Bruxelles,E.story-scientia,1991

ANTOINE M. etGOBERT D.

pistes de reflexion pour une legislation relative à la signature digitale et au regime des autorités de certification ,R.G.D.C.,juillet- oct.1998,n 4\5

BARBRY E.

le droit du commerce électronique,de la protection à la confiance , Rev.de l'informatique et des télécommunications ,1998

BAUMANN D.

droit de la consommation , 1977

BENSOUSSAN Alain

le commerce éléctronique, aspects juridiques, ed. Hermes, 1998 .

- informatique et télécommunications , Ed. francis lefebvre 1997

- Internet, aspects juiridiques,Hermes, 1998

- informatique et télécoms ,Ed.Francis, le febvre,1997.

BENSOUSSAN Alain et -LE ROUX Yves

cryptologie et signature OUSSAN A electronique, Hermès ,1999

BOCHUR BERG Lionel

Internet et commerce electronique, Ed.DELMAS ,1999

BREBAN Yann et POTTIER Isabelle

les decrets et arrêtés cryptologie, La mise en oeuvre effective de l'assouplissement des dispositions antérieures, G.P., 21 avril 1998, doct.

BUYLE J.-P.

la carte de banque à piste magnetique, R.D.C. , 1984, p. 663 .

CABRILLAC Michel

monétique et droit du paiement in aspect du droit prive en fin du 20e siècle,étude reunie à l'honneur de Michel De JUGLART, Ed L.G.D.J.,paris,1986 .

CAPITANT Henri

Vocabulaire, sous la direction de Ggerard CORNU , 2e éd ., P.U.P. , 1990

CAPRIOLI E.

preuve et signature dans le commerce électronique, droit et patrimoine, 1997

CAPRIOLI E.A.et SORIEUL R.

le commerce international electronique , vers l'émérgence de règles juridiques , journal de droit international , clunet, 1997

CHADID- NOURAI Noel

problèmes juridiques lies à la dématérialisation de moyens de paiement et des titres , rapport du conseil national du crédit et du titre , mai 1997

CHAMOUX Françoise

- la loi du 12 juillet 1980 , une ouverture sur les nouveaux moyens de preuve , JCP. , 1981, II, 13491

- la preuve dans la vie des affaires , de l'écrit au microfilm , litec , 1979 .

CHARTIER Y.

la preuve commercial après la loi du 12 juillet 1980,in aspects du droit prive en fin du 20e siècle, études réunies en l'honneur de Michel DE JUGLART,Ed.LGDJ,1986

COOL Y.

signature electronique et signature manuscrite , soeurs enemies ou soeurs jumelles? , cahiers du C.R.I.D., Bruxelles, Bruyllant , 1999, n 16 .

D.SYX,

Vers de nouvelles formes de signature? Le probleme de la signature dans les rapports juridiques electroniques" ,Dr.inform.,1986\3,p.133-147

DAIRICA I.

la signature,thèse , paris II,1997

DAVIO E.

-Preuve et certification sur internet ",R.D.C.,1997

- internet face au droit,cahiers du C.R.I.D.,n12;Ed. Story-scientica,1997

DE LAMBERTERIE

la valeur probatoire des documents informatiques dans les pays de la CEE, Rev. int. droit comp. , 1992

DE BELLE FONDS Xavier Linant et HOLLANDE Alain

- droit de l'informatique , Ed. Delmas et cie , 1984

-la valeur probatoire des documents informatique , étude comparative , centre national de recherche scientifique " CNRS " , 1990 .

DE BELLE FONDS Xavier Linant et MADELIN Alain .

informatique et droit de la preuve , travaux de l'association française de droit de l'informatique (AFDI) Ed. des parques , 1987 .

DE BELLEFONDS linant

l'internet et la preuve des actes juridiques, expertises,1977
BOCHURBERG Lionel, internet et commerce electronique DELMAS, 1999

DE LAMETHE

reflexions sur la signature , G.P. , 1976, 1

DE LYSSAC C.

les conventions sur la preuve en matière informatique , In informatique et droit de la preuve, travaux de A.F.D.I., Ed. des parques

DEVYS Christophe

du sceau numérique ..à la signature numérique , rapport intermediaire de l'observatiore juridique des technologies de l'information (OJTI) , mai 1992 , p. 1

EGEAIS L

.les regles de la preuve en droit civile , these poitiers , 1954

FERAL-SCHUL Christiane

Cyber droit le droit à l'epreuve de l'internet , Ed. Dalloz , 1999 , p.154 .

FONTAINE M.

la preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles , in la preuve , colloque U.C.L.,1987

GAVALDA C.

- la signature par griffe , JCP.1960 , I ,1579 .
- televente et telepaiement, les cahiers de droit et de procedure , colloque du 10 nov.1995, informatique et preuve .

GHESTIN J.

Traité de droit civile , la formation du contrat , 3e ed. , L.G.D.J. , 1993

GOBERT D.et MONTERO E.

la signature dans les contrats et les paiment electroniques , l'approche fonctionnelle, C.D.C., louvain la neuve,1999

GOBERT Didier

- projet de loi signature electronique , déposé à la chambre , droit et nouvelles technologies , actualités , 11 fev. 2000 ,p.1
- la sécurisation des échanges par la reconnaissance de la signature electronique , conditions d'existence des reseaux d'avocats , in multemedia , le cyberavocat, formation permanente CUP, vol. XIX , liege- namur , fev. 1999

GOUBEAUX G. et BIRH Philippe

la preuve , in Encyclopedie Dalloz , droit civil

HUET Jérôme et MAISL Herbert

droit de l'informatique et des télécommunications , état de questions , textes et jurisprudence, étude communautaire, litec.,1989

JACCARD Michel

la conclusion des contrats par ordinateur, these , lausanne, 1996

JOUMOUTON Yves

réseau internet et responsabilité extracontractuelle en droit belge , revue européenne de droit de la consommation , 1999 , doct. , p. 5

KAPLAN D.

internet, les enjeux pour la France , AFTEL, ed. 1995

LABARTHE F.

la notion de document contractuel , L.G.D.J. , 1994

LAMERE J. M., LEROUX Y. , TOURLY J.

la sécurité des réseaux , méthodes et techniques , Ed. DUNOD , 1989 .

LARGUIER J.

la preuve du fait négative , RTD civ., 1953

LARRIEU J.

les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des ecrits sous

seing prive",cahiers lamy droit de l'informatique,1988, H , p. 8 _ 19 et I , P. 26 _ 34

LECLERCQ Pierre

les nouveaux moyens de reproduction et le droit de la preuve,communication àl'association Henri capitant ,1986

LINANT DE BELLEFONDS M. et HOLLANDE

Droit de l'informatique,Delmas,1990.

LORENZ F.

une nouvelle donnée pour les consommateurs , les entreprises , le citoyens et les pouvoirs publics , éd. , BER ,1998

LUCAS A.

droit de l'informatique, themis, 1987

MAYER Carl H. et MATYAS Stephen

cryptography , Ed. John wiley &sons, 1982

MAZEAUD J.-L. et H. par CHABAS

lecons de droit civile , T.I. , vol. I , 7e ed

MOUGENOT D.

droit de la preuve et technologies nouvelles , synthèse et perspectives , droit de la preuve – formation permanente, CUP, vol. XIX , oct. 1997 , .

MOUGENOT

Droit des obligations ,la preuve,larcier ,Bruxelles,1997

MYNARD A.

Télématique et preuve en droit civile quebecois et français , une antinomie § , D.I.T., 1992 , p. 21

OUDOT Jean maurice

La signature mumerique, petites affiches, n 54 , 6 mai 1998

PARISIEN S. etTRUDEL P.

l'identification et la certification dans le commerce électroique , Quebec, Ed.Yvon Blais inc. , 1996

PERRITT Henry H., JR.

law and the information , superhighway ,wiley law ,1996

POULLET Y.

les transactions commerciales et industrielles par voie electronique.De quelques reflexions autour du droit de la preuve", in le droit des affaires en evolutions , le juriste face à l'invasioninformatique,colloqueABJE,2oct.1996,Bruxelles,Bruy lant,anvers,kluwer,1996

RAYNDUARD Arnaud

le concept de document contractuel applique au commerce electronique, in colloque du consentement electronique, 23-24 sept.1999, CDC,louvain la neuve,p.108 .

RAYNOWARD A.

La dématerialisation des titres , étude sur la forme scripturale , thèse paris II , 1998

ROSENAR Jonathan

Cyber law , the law of the internet , Ed. springer , 1996 .

SCHNEIER Bruce

cryptographie appliquee, international thomson publishing france , 1994 .

SEDALLIAN Valerie

droit de l'internet , collection association des utilisateurs d'internet , lausanne, 1999 .

SHANNON E.

communication theory of secret systems , Bell system technical journal, vol.28, n4 , p. 656 et s. .

THUNIS X. et SCHAUSS M.

Aspects juridiques du paiement par carte, cahiers du C.R.I.D. ,n 1 .

TONNELIER M.H.et DUPUIS-TOUBOL F.

le commerce electronique vaut bien une reforme du droit de la preuve , JCP. Entreprise et affaires , 1998 , 2016

TROCHU Michel

protection des consommateurs en matière de contrats à distance, directive n 97-7 CE du 20 mai 1997, Dalloz

VAN HUFFEL Michel

- le developpment de la politique communautaire dans le domaine des services financiers , in l'offre de crédit aux consommateurs , actes du colloque de l'observatoire du credit et de l'endettement , 17 nov. 1997 , Bruxelles , st sept. 1998

- services financiers et contrats conclus à distance , revue européenne de droit de la consommation.

VAN OMMESLAGHE P.

droit des obligations, vol. I , 3e ed. Bruxelles , 1999

VAN QUICKEN BORNE

Quelques reflexions sur la signature des actes sous seign prive, note sous cass.civ.Belge,28 juin1982,R.C.J.B., n19 .

VANLAN GENDONCK Philippe

union européenne, la signature electronique reglementée, droit et nouvelles technologies, actualités, 1er dec. 1999.

WERY Etienne.

- droit de la preuve , vers une preuve electronique , droit et nouvelles technologies , actualite , 25 janv. 1999 , p.1
- Autorités de certification en vue de la signature digitale , avant projet de loi belge , droit et nouvelles technologies, 9 avril 1999, p.1
- commerce electronique , projet de loi luxembourgeois , in droit et nouvelles technologies , actualités , mars 1999 , p.1
- le rapport du conseil d'état français sur l'internet et les réseaux numeriques , la bible, in droit et nouvelles technologies actualités, oct. 1998 .

٢- تعليقات على الأحكام

BOIZARD Martin

Note sous C.A. Montpellier, 1re ch. 9 avril 1989, JCP., II, 20984.

DERRUPPE Jean

Obs.sur cass.com.21juillet 1988,RTD.com.1989,p.60 .

DESCHAMPS

Obs sur Cass.civ.2janv.1998,D.1998,II,p. 192.,l'affaire SCALBERT contre Banque DUPONT

ETESSE

Note sous cass. civ., 1re ,3 mars 1970 ,D.,1970

LEVENEUR L.

Note sous cass. civ. 1re, 25 juin 1996, contrats-concurrence et consommation, 1996, n183

Martin D.R.

Note sous Cass. com. 2 dec. 1997, D. 1998, p. 192

Michel VASSEUR

Obs.sur C.A. PAU, 17oct. 1984, D., 1985, IR, 343

٣- تقارير و توصيات

Avis 98/c 157101

du comité économique et social , assurer la sécurité et la confiance dans la communication electronique , vers un cadre européen pour les signatures numériques et le chiffrement , JOCE(C) 157 du 25 mai 1998 .

Directive n 95-46

26 oct. 1995, JOCE(L) , 281 , du 23 nov. 1995

Rapport du conseil d'état

internet et réseaux numériques , la documentation française commerce electronique , par LORENTZ

Recommandations de la commission europeenne

du 8 dec. 1987 , vers un code européen de bonne conduite en matière de paiement electronique , JOCE , L 365, 24 dec. 1987 , p. 72 .

Resolution 51/ 162

de l'assemblée générale du 16 dec. 1996 , la loi type de CNUDCI sur le commerce electronique , Guide pour l'incorporation de la loi type de la CNUDCI , nations unies , New york , 1997

الفهـــــرس

الموضوع	رقم الصفحة